D.4.XVII 41

Dono Authoris

J. cr.
o
2

R.B.

Beyträge
zum
Criminalrecht

von

Georg Bayl,
Königl. Baierischem Appellationsgerichtsrathe
zu Bamberg.

Erster Theil.

Bamberg und Würzburg,
bey Joseph Anton Goebhardt.
1813.

STAATSBIBLIOTHEK
BAMBERG

Vorrede.

Die Abhandlungen, welche ich hiemit dem gelehrten Publikum übergebe, sind alle, mit Ausnahme der No. VII., schon vor mehreren Jahren geschrieben. Die No. III. und V. wurden bereits in dem Archive des Criminalrechts abgedruckt. Sie erscheinen hier vermehrt und großen Theils umgearbeitet. Auch die erste über Appellationen in Criminalsachen war für diese Zeitschrift bestimmt, und schon im October des Jahres 1807 zur Aufnahme

in dieselbe abgeschickt. Ihr größerer Umfang zu den übrigen in den nachher noch erschienenen 3 Heften befindlichen Abhandlungen, bestimmten die Herausgeber sie für das Archiv, welches in einer neuern veränderten Gestalt erscheinen sollte, aufzubewahren. Der Druck des neuen Archives unterblieb, und der Verfasser nahm diese Abhandlung zurück, um sie hier mit andern erscheinen zu lassen. Vielleicht daß sie auch jetzt, nach Verlauf von 5 Jahren, noch einige beherzigungswerthe Ideen enthält. Vielleicht daß dieses von mehrern dieser Abhandlungen gilt! Den Verfasser sollte es freuen, wenn er, nicht ohne alles Talent und einige Frucht für die Wissen-

schaft gearbeitet hätte. Die Abhandlung No. VIII. scheint außer den Gränzen des Vaterlandes des Verfassers für wenige Gelehrte als bloßes Partikularrecht Interesse zu haben. Aber wo ist mehr die Gesetzgebung durch welche der Jurist, als gemeinschaftliches Organ, zu allen und für alle spricht. Roms Herrschaft hat geendiget. Wie seine übrigen Herrlichkeiten, liegen bereits seiner Gesetze Tafeln in Trümmern. — Undique disjecti membra poetae. Nur in diesen zerstreuten Gliedern suchet jetzt das Ganze; (es war aber von jeher nur in ihnen zu finden,) und es möge sonach jeder Beytrag für Partikularrecht, als kein unnützer und vergebener betrachtet werden.

Der zweyte Theil wird in künftiger Ostermesse erscheinen, dann ein dritter, welcher des Verfassers gekrönte Preisschrift über den von Eggerischen Entwurf eines peinl. Gesetzbuchs für die Herzogthümer Schleßwig und Hollstein enthält, das Ganze beschließen.

Bamberg, den 6. April
1812.

Bayl.

Inhaltsanzeige.

I.

Seite

Ideen über die Lehre von Appellationen in Criminalsachen. 1

II.

Ueber die Publicität der Criminalurtheile . . 112

III.

Ueber das Begnadigungsrecht und die neuern Ansichten desselben 122

IV.

Ist die öftere Ungestraftheit eines Verbrechens ein Milderungsgrund der Strafe, in Beziehung auf die L. 17. D. de aedilitio edict. . . 145

V.

Ueber das Verhältniß der Philosophie zum Criminalrecht, als Critik der vorzüglichern neuern Philosopheme über Criminalrecht. . . . 153

VI.

Seite

Ueber den §. 3. des Kleinschrodischen Entwurfs einer peinlichen Gesetzgebung für die vormals kurfürstlichen, nunmehr königlich Baierischen Staaten. 190

VII.

Noch einiges über außerordentliche Strafen bey unvollständigem Beweise. 20A

VIII.

Wie ist derjenige, welcher bereits einmal unter 5 Gulden fr. gestohlen hat, wegen eines zweyten Diebstahls über 5 Gulden fr., nach der neuen Bamberger peinlichen Gesetzgebung zu bestrafen? . 235

Ideen
über
die Lehre von Appellationen in Criminalsachen.

Einleitung.

Ueber Appellationen in Criminalsachen überhaupt.

Daß derjenige, welcher eines Verbrechens angeschuldigt, deßhalb in Untersuchung gezogen, und zu einer empfindlichen Strafe verurtheilt wird, daß dieser der Einsicht eines einzigen Richters, ich will nicht sagen, öfters seiner Parteylichkeit sein ganzes Schicksal preis geben soll, wer möchte dieses auch nur bey einigem Nachdenken behaupten? Und dennoch, die Litterärgeschichte ist Zeuge, ward diese Behauptung von den angesehensten Rechtslehrern des vergangenen Jahrhunderts, und noch neuerlich aufgestellt. Bald führte man den Kostenaufwand, der dem Staat verursacht werde, bald die unnütze längere Dauer der Haft, bald die Nothwendigkeit der schleunigen Execution der Strafen, als Gründe an, welche einen Recurs zu einem höhern Richter nicht gestatten sollten. Sah man denn aber nicht, daß der Kostenaufwand da, wo der Verbrecher

selbst bemittelt ist, von diesem, nicht von dem Staate zu tragen, die Einwenduug also wenigstens auf diesen Fall nicht passend sey! — Und wenn der Recurs an den höhern Richter anders nicht als mit Bewilligung des Innesitzenden (welches bey Appellationen, worüber die ganze Debatte war, der Fall ist) ergriffen werden kann, wie mag sodann die längere Dauer des Gefängnisses als Grund angeführt werden, da der Innesitzende nunmehr sich lediglich diese Dauer selbst zuzuschreiben hat? Wäre dieses Argument bindend, so dürfte für den Inquisiten auch keine Vertheidigung, am allerwenigsten vom Amtswegen, gestattet werden; denn auch hiedurch wird die Haft des Angeschuldigten verlängert; die Hemmung des schnellen Vollzugs der Strafe, welche die wiederholte Prüfung der Sache bey den oberen Richter zur Folge hat, ist nicht zu läugnen; aber wird nur der Gang der Justiz in eine schleunige Bewegung gesetzt, so wird die Strafe noch immer frühe genug kommen, so wie denn überhaupt der Umstand, daß die Strafe eine oder die andre Woche früher oder später ihren Urheber trifft, ihrer Wirkung wenig benehmen kann. Ueberdies sollte hier nicht eintreten, was Soden sagt a), daß die erhöhte Wahrscheinlichkeit der Ergründung der Wahrheit die bey Gestattung mehrerer Instanzen entsteht, bey weiten den Vortheil überwiege, welcher aus der schleunigen Execution der Strafe entspringt. Laßt den höheren Richter

a) Geist der peinl. Gesetzg. Th. 2. S. 321.

nur ein einziges ungerechtes Erkenntniß des niederen Richters aufheben, so hat der Nichtvollzug dieses einzigen Erkenntnisses der Vortheile mehr, als hundert Straferkenntniße, auch noch so schleunig vollzogen, ohne dieses je gewähren können.

Gäbe es freylich eine vollendete Criminalgesetzgebung, wo nicht nur die Ideen der einzelnen Verbrechen, sondern auch die Manchfaltigkeit der Fälle in ihren verschiedenen Schattirungen bestimmt aufgefaßt und verpönt wäre, so ließ sich etwan, vorausgesetzt eine fehlerlose Untersuchung, noch behaupten, daß die Cognition mehrerer Instanzen als nothwendig nicht einzusehen sey. Denn wie der Richter bey einem Diebstahle von 25 fl. fränk, auf welchen der Gesetzgeber 2jährige Zuchthausstrafe gesetzt hat, eine andere als diese Strafe, und so bey allen übrigen Verbrechen, wenn wir gleiche Bestimmtheit der Sanction voraussetzen, zu wählen im Stande sey, ist schwer zu begreifen. Aller Geist müßte von ihm gewichen, alle Kraft zu Urtheilen ihm benommen seyn, wenn er hier, bey einer solchen Gesetzgebung auf Irrwege gerathen sollte. Da indessen eine Legislation dieser Art immerhin nur eine Idee ohne vollständige Verwirklichung bleiben, jede andere aber die richterliche Willkür und Illegalität nicht aufzuheben im Stande seyn wird, so muß auch zur Verhinderung dergleichen Illegalitäten und Irrthümer eine Anstalt organisirt, es müssen mehrere Instanzen seyn.

Schon in dem vorigen Jahrhunderte hat Olden-

kop die Nothwendigkeit dergleichen Instanzen gegen den heftigsten Gegner derselben Carpzov zu rechtfertigen gesucht, und haben gleich bis hieher mehrere unserer Criminalgesetzbücher die Nothwendigkeit jener Anstalt nicht anerkennen wollen, so steht doch zu erwarten, daß jede werdende künftige Legislation unter ihre Sanctionen sie aufnehmen werde.

Wenn aber auch gleich künftighin mehrere Instanzen zugelassen, ihre Organisirung als nothwendig anerkannt werden sollte, so ist doch hiemit noch keineswegs auch zugleich die Zulässigkeit und Nothwendigkeit der Appellationen anerkannt; ja, sollten sich die Behauptungen gewisser Rechtsgelehrten und Gesetzforscher bewähren, so konnte von Berufungen in Criminalsachen fernerhin keine Rede mehr seyn. Appellationen, so sagen sie, können nur in Civilstreitigkeiten gedacht werden; auf Criminalsachen angewandt verliert die Idee derselben alle Realität und Bedeutung; nur Mißverstand hat sie in dieses Gebieth übergetragen, und wird der Geist der Criminaljustiz richtig aufgefaßt, so wird auch sogleich jedem sich klar am Tage legen, wie wenig hier an ein Appellationsverfahren gedacht werden könne.

Sind diese Behauptungen gegründet, ist die Idee der Berufung in Criminalsachen ein Wahn, so muß sogleich unser Beginnen die Lehre von Appellationen in Criminalsachen näher zu entwickeln, als ein eben so unnützes als thörichtes Unternehmen sich darstellen. Jedem andern schönen Traume gleich, würde es mit

diesem nicht blos die Nichtigkeit, sondern auch dieses gemein haben, daß sein Ende statt Beruhigung Mißfallen und Zürnen erregt.

Laßt uns daher, ehe wir uns in eine detailirte Betrachtung unsres Gegenstandes verlieren, vor allen die Ideen derjenigen berücksichtigen, welche die Unstatthaftigkeit der Berufung in Criminalfällen behaupten und sodann prüfen, ob und in wieferne sie sich rechtfertigen lassen oder nicht?

Unter diejenigen, welche diese Behauptung aufstellen, gehört vorzüglich Gönner b) und nach ihn der Recensent der Weberischen Schrift über Appellationen in Criminalsachen c). Erstern zufolge muß der Staat von Amtswegen jedes peinliche Erkenntniß eines Richters nach der Wichtigkeit eines jeden peinlichen Falls durch ein anderes Gericht unaufgefordert prüfen lassen. Der Staat, so sagt man, ist in peinlichen Fällen unmittelbar interessirt, er muß von Amtswegen einschreiten, untersuchen und strafen; von Amtswegen also auch eine neuerliche Revision der gefällten Urtheile vornehmen lassen. Appellationen sind nur erlaubte Vertheidigungsmittel, deren Verzicht das Erkenntniß zum unabänderlichen Recht erhebt, ein solcher Verzicht

---

b) H. des gem. Proc. Th. 3. S. 286.

c) Diese Recension steht in der Jenenser Litteraturzeitung. Dort wird sich dieser neuerlichen Prüfung wegen auf Grolmann bezogen; allein mit Unrecht; nur Gönner hat diese Idee aufgestellt und vertheidigt, nicht Grolmann.

ist aber in Criminalfällen nicht denkbar, und eben darum kann von einer Statthaftigkeit der Berufung in peinlichen Sachen keine Rede seyn.

Unverkennbar hat diese Ansicht Gönners sehr viel empfehlendes für sich; sie scheint ganz in der Natur der Sache zu liegen, und daher werth zu seyn, von jedem Criminalisten näher gewürdiget zu werden. Ist es nämlich richtig, daß Criminalsachen von einer besonderen Wichtigkeit sind, ist es gewiß, daß es hier immer den vorzüglichsten Gütern und heiligsten Rechten des Menschen gilt, so kann, wie es scheint, schon von darum der Staat die Entscheidung der Sache nicht von einem einzelnen Gerichte abhängen lassen, eben so wenig sich dabey beruhigen, daß erst durch die Beschwerdeführung der Condemnirten im Wege der Berufung die Sache an die obere Behörde gebracht wird. Wie leicht nämlich ist es möglich, daß der Anwalt des Verurtheilten die in dem vorigen Urtheile liegende Beschwerde übersieht, die Appellation unterläßt, und mit diesem seinen Clienten einem traurigen Schicksale preiß giebt. Einzig und allein es der Einsicht des Defensors zu überlassen, ob das erkannte zu Recht bestehe oder nicht, ist immer eine gefährliche Sache, und besser verfährt der Staat, wenn er diese Prüfung einem ganzen Collegio überläßt, dem der Fall vom neuen zur Entscheidung übertragen wird. Wird ja nach geschlossenen Akten eine Vertheidigung ex officio gestattet, warum sollte nicht auch nach gefällter Sentenz eine neuerliche Prüfung vom Amts wegen vorge-

nommen werden? Diese scheint um so nothwendiger zu seyn, als die Lehre vom Verzicht, der einzige Grund der Appellationen in Civilsachen auf Criminalfälle, wie bereits bemerkt, nicht anwendbar ist. Schon die Römer hatten hierin ganz andere Grundsätze; auch sie, obgleich Freunde der Appellationen in Criminalsachen, kannten gewissermassen die Lehre vom Verzicht nicht, und nur eine unglückliche Consequenz an den Geist ihres Verfahrens scheint sie geleitet zu haben, daß von ihnen nicht schon früher die hier aufgestellten Grundsätze durchgängig in Ausübung gebracht würden.

Wie bekannt, konnten Verwandte und Freunde, ja jeder aus dem Volke für den Verurtheilten nach römischen Rechte appelliren; Non tantum ei, qui ad supplicium ducitur, provocare permittitur, verum alii quoque nomine ejus, non tantum si ille mandaverit, verum quisquis alius provocare voluerit — lauten die Worte der L. 6. D. de appell.: ein klarer Beweis, daß der Wille des Verurtheilten wenig oder nichts wirkte. Denn wie hätte sonst wohl, ohne zuvor die Genehmigung von dem Condemnirten einzuholen und sich darüber bey Gericht auszuweisen, die Appellation zugelassen werden können? Es gilt ja doch immer und einzig bey dem Erkenntnisse nur den Rechten des Condemnirten, und wenn nun dieser die Berufung nicht wollte, wenn er darauf verzichtet hatte, wie konnte, ohne die gegentheilige Vergewisserung durch ein Mandat, der Verwandte, ja jeder dritte aus dem Volke mit der

Berufung gehört werden? Jener Wille ist die absolute Bedingung der Zulässigkeit der Appellationen in Civilsachen, woher also diese bedeutende Abweichung in Criminalfällen, wenn nicht zugegeben würde, daß die Römer hier eine andere Ansicht gehabt nnd angenommen hätten, daß es auf den Willen des Condemnirten und dessen Verzicht eben nicht anzukommen habe. Daß diesem wirklich so sey, daß ein Verzicht von Seite des Condemnirten als bedeutendes Moment eben nicht gewürdiget wurde, giebt der weitere Text des angeführten Gesetzes klar zu erkennen, indem es heißt:

Credo enim humanitatis ratione omnem provocationem audiri debere; ergo esti ipse adquiescit sententiae, nec quaerimus cuius intersit. Quid ergo si resistat qui damnatus est adversus provocationem? nec velit admitti ejus appellationem perire sestinans. Adhuc putem differendam supplicium.

Also auch sodann, wenn der Condemnirte bey der erlassenen Sentenz sich beruhigte, wenn er der ergriffenen Berufung zuwider den Vollzug der erkannten Strafe wollte, müßte dennoch letztere noch aufgeschoben werden, bis über die ergriffene Appellation entschieden war. Nichts kann nach dieser Gesetzstelle klärer und entschiedener seyn, als daß die Römer, war nur einmal die Appellation eingelegt, nimmermehr den

Verzicht auf Seite des Verurtheilten zuließen. Die Rücksicht auf die Menschlichkeit, so dachten sie, ist höher, als jene auf den Willen des Angeschuldigten; dieser selbst würde nie vernünftiger Weise den schnellen Vollzug der Sentenz ohne weitere Untersuchung wollen und über sich beschließen können. Es kann es also auch der Staat oder der allgemeine Wille nicht, der gleich der Vernunft ist. Aber wenn diesem einmal so ist, wenn das Interesse der Menschheit hier so vorzüglich zur Sprache kömmt, daß man sich bewogen sah, von den sonst gewöhnlichen Erfodernißen bey Appellationen abzugehen, wäre es nicht weit gerathener, wenn auch sogar diese nicht einmal mehr als Bedingung der weiteren Prüfung der ersten Sentenz aufgestellt würde? Daß appellirt wird, ist doch immer zufällig, und wer kann wohl von einem solchen Zufalle das Heil und die Existenz des Menschen abhängen lassen? Den Römer zwar mag man entschuldigen, daß er ohne Berufung keine neuere Prüfung zuließ, denn er kannte nur den Anklageprozeß, sein Verfahren war durch äussere Anträge bedingt; aber wenn der Deutsche, der den Anklageprozeß wenig mehr kennt, bey welchen das Untersuchungsverfahren herrschend ist, wenn dieser noch auf solche äussere Veranlassungen, die eingelegte Berufung, warten wollte, um das Erkenntniß neuerlich zu prüfen, wer konnte wohl da diesem seinen Verfahren das Wort sprechen? Nicht genug, daß er die Lehre vom Nicht-Verzicht nur in gewisser Hinsicht, wie es der Römer that, annimmt,

seinem Verfahren gemäß muß er noch weiter gehen, und auch da sie zulassen, wo weder vom Beklagten noch dem Dritten appellirt wurde, und wo das gefällte Erkenntniß nach den Gesetzen der Quiriten unabänderliches Recht wurde.

Schon von darum sollte, wie es scheint, Gönners Idee vorzüglich berücksichtiget werden, weil sie viele Anstände beseitigt, die mit der Berufung unzertrennlich verbunden sind. Abgesehen nämlich, daß nach ihr das Heil des Condemnirten nicht wie es bey Appellationen der Fall ist, immer nach dem Zufalle blos gestellt ist, hat sie vor letztern noch andere wesentliche Vorzüge; Appellationen können nicht gedacht werden, ohne daß eine gewisse Zeit zu ihrer Ein- und Ausführung gestattet wird. Wenn man nun diese Frist auch noch so sehr beengen, etwa mit Weber 2 Tage zur Einlegung und 10 Tage zur Ausführung bestimmen wollte d), so würde doch immer hier ein Zeit-Verlust sich offenbaren, der bey der Prüfung ex officio nie anzutreffen ist, indem bey dieser nach ergangener ersten Sentenz sogleich dem revidirenden Gerichte der Akt zugestellt werden kann. Ist nun Gerechtigkeit vereint mit der Schleunigkeit für immer das erste in einer guten Justizverfassung, so stellt sich schon von dieser Seite Gönners Idee als empfehlungswürdig vor allem dar, abgerechnet übrigens, daß mit dieser Zeit-Erspar-

d) In der ang. Abhandl. Bamberg bey Göbhard 1805. S. 97 und 98.

niß auch zugleich viele Kosten erspart sind. Sind nämlich, wie es die Erfahrung bewährt, meistens die Verbrecher Vermögenslos, so muß der Staat zu ihrer Verköstigung und andern während der zur Einführung der Berufung festgesetzten Zeit mehreres aufwenden, was bey jener Prüfung vom Staatswegen gleichfalls hinwegfällt.

Nach allen diesen Bemerkungen scheint es nunmehr keinem Zweifel zu unterliegen, daß die Ansicht eines Gönners sich jedem als die einzig richtige darstellen müße. Allein, ohne uns hierüber näher zu erklären, wie dies weiter unten geschehen wird, bemerken wir nur, daß doch nur einzig und allein, da wo der Untersuchungs- nicht aber wo der Accusationsprozeß beobachtet wird, die Gönnerische Idee in Anwendung gebracht werden könne. Bey dem Anklageprozeß findet nämlich ein Einschreiten von Amtswegen nicht statt, und sollte es auch hin und wieder eintreten, so ist es nicht absolut nothwendig, sondern blos zufällig, zufällig daher auch der Gönnerische Satz in dieser Prozeßart. Nach dieser Ansicht, und zwar einzig auch nur nach dieser, läßt es sich denn rechtfertigen, warum so viele behaupteten, daß im Accusationsprozesse zwar, nicht aber im Untersuchungsprozesse die Berufung zuläßig sey. Wo nämlich die Procedur von Amtswegen der einzige Grund der Unzuläßigkeit der Appellationen nicht eintritt, was bey dem Anklageprozeß der Fall ist, kann auch von einer Inappellabilität nicht die Rede seyn. Immerhin müssen hier Berufungen statt finden,

was aber bey einem Verfahren, wo der Staat von Amtswegen einschreitet, dem Inquisitionsprozesse in jeder Hinsicht nach der Gönnerischen Lehre dahin fällt.

Jeder wird daher auch bekennen müssen, daß, wenn Gönner den Criminalisten, die im Accusations- nicht aber im Untersuchungsprozesse die Appellationen zuließen, deswegen Vorwürfe macht, dies von Ihm auf keine Weise mit Grund geschehe. Mag es gleich seyn, wie es denn wirklich ist, daß in dem Sinne, in welchem sie von den Criminalisten bisher genommen wurde, jene Behauptung ganz willkührlich und ungegründet sey; nach den Grundsätzen eines Gönners ist sie streng nothwendig und ausser Zweifel. Ja, eben diese sind es, welche ihr erst eine Bedeutung unterlegen, die sie vorher nie hatte, und auch nie haben konnte.

Nach allen diesen ergiebt sich somit, daß wenn auch Gönners Idee als eine richtige sich bewähren sollte, sie dennoch einzig und allein nur in dem Untersuchungsprozesse Anwendung finden könnte; aber selbst auch bey diesem Verfahren glaube ich, troß den obigen Ausführungen, daß Gönners Idee keinen Beyfall verdiene.

Entweder soll nämlich die von Amtswegen vorzunehmende neuere Prüfung bey jedem peinlichen Erkenntniße, oder, wie Gönner zu wollen scheint, nur in so ferne bey selben vorgenommen werden, als es die Wichtigkeit des Falles erheischt. Ist ersteres, so ist offenbar, daß viele dergleichen neuere Revisionen

ohne Grund und fruchtlos von den Gerichten werden vorgenommen werden müssen. In dem vorigen Erkenntnisse und Verfahren liegt vielleicht der Beschwerden geringste nicht, auch würde die Sache, hätte das Rechtsmittel der Berufung bestanden, nie an die obere Behörde gekommen seyn, wozu also diese neuere Revisionen? Nicht zu erinnern, daß noch überdies, sind die revidirende Gerichte nicht bloße Criminalgerichte, viele Zeit verloren geht, die zur Beendigung andrer Geschäfte hätte verwendet werden können. Ist aber das zweyte, soll die Revision nur sodann vorgenommen werden, wenn es die Wichtigkeit des Falles erheischet, so fragt es sich, wer diese Wichtigkeit des Falles zu bestimmen habe? Dies hat entweder durch den Inquisiten allein oder durch den Inquisiten und den Staat, oder durch letztern ausschließend zu geschehen.

Daß ersteres nicht geschehen könne, ist eben so gewiß, als es sich nicht denken läßt, daß in dem zweyten Falle je eine Uebereinkunft zwischen den Staat und Inculpaten zu Stande kommen wird. Wird aber die Bestimmung ausschließend von dem Staate geschehen, so wird dem Inquisiten mit jener neueren Prüfung von Amtswegen wenig gedient seyn; da nämlich, wie es nach Gönner zu seyn scheint, diese Wichtigkeit jedesmal erst in concreto, ohne daß ein Gesetz in der Mitte läge, vom Staate zu bestimmen ist e), so wird der Inquisit lediglich der Willkühr

e) Gönner sagt nämlich b. cit. der Staat — muß also auch

des Staates preis gegeben. Soll aber diese Wichtigkeit lediglich nach bereits darüber bestehenden Gesetzen geschehen, so erwiedre ich, daß die Grenze zwischen wichtigen und minderwichtigen Fällen schwer auszumitteln, überdies nicht einzusehen sey, wie in irgend einem peinlichen Falle jene Revision von Amtswegen cessiren könne; jeder Criminalfall ohne Unterschied wird vom Staate ex officio untersucht und bestraft. Eben dadurch giebt nun auch der Staat zu erkennen, daß keiner dieser Fälle für ihm gleichgültig und ohne Wichtigkeit sey; aber eben darum ist er es auch für den Inquisiten nicht, und in einem wie in dem andern Falle muß daher jene Revision von Amtswegen zulässig seyn. Zu diesem kömmt, daß der Grund jener neuern Prüfung entweder darin liegt, daß es unerläßliche Pflicht des Staates ist, jedes Verbrechen und die darauf gesetzte Strafe ohne Rücksicht ihrer Größe zu prüfen; dann versteht es sich von selbst, daß ohne Unterschied bey jedem peinlichen Fall jene Prüfung einzutreten habe; oder die Ursache ist in der Größe der Strafe, respective der Unmöglichkeit des Verzichts auf das Recht, welches die Strafe dem Condemnirten entzieht, aufzufinden; dann ist eben hiedurch zugestanden, daß es Fälle gebe, wo ein Verzicht von Seite des Condemnirten gedacht werden könne, und mit diesem Zugeständniß ist auch zugleich die

---

jedes peinl. Erkenntniß nach der Wichtigkeit eines j e d e n peinlichen Falls ꝛc.

Realität der Idee der Berufung, wenn gleich noch nicht ihre Nothwendigkeit (welche hier noch nicht zur Sprache kömmt) in allen diesen Fällen ausgesprochen.

Auf keine Weiße kann also die von Gönner angegebene Idee selbst nicht in dem Untersuchungsprozesse, wenigstens in der von ihm angegebenen Art bestehen. Es gesellen sich aber zu diesem noch mehrere andere Gründe, nach welchen sich die von Gönner behauptete absolute Unzuläßigkeit der Appellationen vertheidigen läßt.

Wenn der peinliche Fall zu der obern oder der Revisionsinstanz gelangt, und von derselben neuerlich entschieden wird, wer hat die in dieser zweyten Instanz erwachsenen weiteren Kösten zu tragen? Man wird erwiedern, der Inquisit; was berechtigt denn nun aber den Staat, dem Inquisiten, der die geringste Veranlassung hiezu nicht gegeben hat, mit dessen Einwilligung diese Revision vielleicht nie würde vor sich gegangen seyn, weil er zu sehr von der Gerechtigkeit der ersten Sentenz überzeugt war, was berechtiget ihn, sage ich, diese neuere gleichwohl etwan geringe Kosten dem Inquisiten zu veranlassen? Was berechtiget ihn, das schmälige Gefängniß des Innesitzenden durch eine Revision zu verlängern, wozu dieser nicht gewilligt, und der Staat als er sie vornehmen ließ, ihn nicht befragt hat? Sollen die Gründe hiezu vielleicht darin aufzufinden seyn, daß diese Revisionen zum Besten des Condemnirten geschehen, daß sie für ihn eine Wohlthat seyen? Wem ist denn aber unbekannt,

daß jeder dergleichen Wohlthaten entsagen, daß man ihm auf keine Weise dieselben aufdringen könne? Will man erwiedern, daß jenem Mißstande rücksichtlich der Gefängnisse leicht dadurch abzuhelfen sey, daß man es dem Verurtheilten überläßt, ob er nicht einstweilen, wie z. B. bey Freyheitsstrafen der Strafe sich unterziehen wolle, so gestehe ich, daß ich dieses auf keine Weise zu begreifen vermöge. Ehe ein Erkenntniß in Revisorio erfolgt ist, kann ja von einer Strafe noch gar keine Rede seyn, das erste Erkenntniß ist ja suspendirt, es ist unmöglich zu wissen, ob von dem Revisorium nur auf eine mildere Strafe oder auf gänzliche Strafloſigkeit werde erkannt werden. Und wenn noch überdies blos bey Freyheitsstrafen dies alles, sonst aber nie kann angewendet werden, wie lassen sich sonach jene obige Inconsequenzen beseitigen?

Diesem allen setze ich in Beziehung auf die Gönnerische Lehre noch folgendes bey:

Nehmt an, daß sowohl im Untersuchungs- als dem Anklageprozeß die Gönnerische Idee Anwendung finde, so muß doch in beyden Fällen das erst richterliche Erkenntniß vom Revisorium nicht sowohl gemildert, als auch geschärft werden können. Die neuerliche Revision wird nämlich aus dem Grunde vorgenommen, weil der Staat bey peinlichen Fällen unmittelbar intressiret ist; wenn aber ein solches unmittelbares Intresse in der Mitte liegt, wenn der Staat gerade dieses Intresse wegen unaufgefodert zur Untersuchung und Bestrafung schreitet, so muß, wie mich dünkt, auch

dieses unmittelbaren Interesse wegen der Revisionsinstanz die Befugniß zustehen, nicht nur das zu scharfe, sondern auch das zu gelinde und für den Inquisiten zu günstige Urthel zu reformiren. Bey dem Anklageprozeß leuchtet dieses auch von darum ein, weil hier immer dem Ankläger zu appelliren und ein schärferes Erkenntniß zu erwirken die Befugniß zusteht, nunmehr aber, weil dieses bey einer Revision von Amtswegen von ihm nicht geschehen kann, es aber doch möglich ist, daß er im vorliegenden Falle würde appelliret haben, die Revisionsinstanz auch die Stelle von diesem so wie des Inquisiten zu vertreten, somit auch nach Lage der Akten nicht nur ein milderes, sondern auch schärferes Erkenntniß zu fällen befugt seyn muß.

Daraus geht denn hervor, daß wenn auch Gönners Idee sich als die richtige darstellte, sie doch keineswegs in der Einschränkung wie sie Gönner nimmt, zur Anwendung könnte gebracht werden. Wenn nämlich Gönner sagt, daß erwähnte Revision von darum vorgenommen werden müße, weil der Staat von dem Ausspruche eines einzigen Gerichtes das Schicksal des B ü r g e r s nicht könne abhängen lassen, weil bürgerliche Rechtsmittel kein Maasstab zur Sicherheit der B ü r g e r r e c h t e (in Criminalfällen nämlich) seyen, so geben diese Worte klar zu erkennen, daß Gönner jenes von Amtswegen prüfende Revisorium lediglich zu Gunsten des Condemnirten niedergesetzt, und seine Gewalt lediglich auf Reformation in mitiorem beschränkt wissen will.

Dies kann aber, wie wir zeigten, auf keine Weise gerechtfertiget werden. Denn, wenn man auch sagen wollte, daß der Staat, im Falle ein gelinderes und schärferes Urtheil vorliege, er jenem den Vorzug geben müsse; so erwiedre ich, daß dies sodann hinwegzufallen habe, wenn das schärfere Urtheil bey niedergesetzter dritter Instanz bestättiget würde, es also lediglich nur noch einer solchen von Amtswegen verfahrenden Revisionsinstanz bedürfe. Sonach glauben wir denn auch, daß der Gönnerischen Idee, rücksichtlich einer von Amtswegen revidirenden zweyten Behörde, nach diesen sowohl als den obigen Rücksichten keineswegs das Wort gesprochen werden könne.

Ist diese unsre Meynung gegründet; so ist die nothwendige Folge, daß auch in Criminalsachen Berufungen statt finden müssen, indem nun der Verurtheilte kein andres Mittel hat, eine ihm zugegangene Beschwerde zu heben, welches Mittel ihm abzuschneiden gegen Vernunft und Billigkeit wäre. Aber, sagt man, Appellationen haben in Criminalsachen keine Realität, ihr Begriff ist lediglich auf Civilfälle als seine Sphäre eingeschränkt, außer dieser aber ohne Inhalt, ohne Bedeutung. Um die Gründe dieser Behauptung vollständig entwickelt zu hören, wollen wir hier den Verfasser der oben allegirten Recension der Weberischen Abhandlung reden lassen; er sagt:

„In jeder Civilsache ist das Urtheil eine richterliche Declaration über streitige Rechte. Durch zehntägiges Stillschweigen bey dieser Declaration neh-

men die streitende Theile das vom Richter declarirte Recht mit Verzichtleistung auf ihr wirkliches an, und lassen dadurch die Rechtsdeclaration selbst rechtskräftig werden. Durch die Appellation dagegen drückt der Appellant den Willen aus, auf sein vermeintes wirkliches Recht nicht zu verzichten, sondern die Untersuchung desselben, um eine andre Rechtsdeclaration zu erwirken, einem höhern Richter zu unterwerfen. Rechtsdeclaration (Urtheil), Rechtskraft und Appellation stehen daher im Civilprozeß in unzertrennlicher Verbindung. Wo jene nicht vorhanden ist, kann auch diese nicht eintreten, und wo keine Rechtskraft entstehen kann, da ist keine Appellation nothwendig, und, genau genommen, so wenig zuläßig, daß die gegen ein an sich nichtiges richterliches Erkenntniß oder gegen eine richterliche Handlung, welche Stoff zu Beschwerden gegen den Richter darbietet, aber keine eigentliche Rechtsdeclaration enthält, ergriffene uneigentliche Appellation nie die Natur einer wahren Appellation annimmt. — Im peinlichen Prozesse kömmt es dagegen nicht auf die Declaration eines zwischen den verhandelnden Partheyen streitigen Rechts, sondern auf die Ausmittlung einer verborgnen Handlung und auf die Bestimmung des Verhältnisses derselben zu einem bestehenden Strafgesetz an. Der Richterspruch soll eine der Wahrheit entsprechende Erklärung erhalten; diese Erklärung soll aber in keinem Falle förmliches Recht werden. Der Verurtheilte kann so wenig auf sein

wirkliches Recht, als Schuldloser behandelt zu werden verzichten, daß, wenn er auch unmittelbar nach Eröffnung des condemnatorischen Urtheils auf weitere Vertheidigung Verzicht leistete, dennoch die Strafe nicht vollzogen werden dürfte, und neuere Untersuchung gepflogen werden müßte, wenn sich neue die Beurtheilung des Verbrechens ändernde Umstände gezeigt hätten. Die Ergreifung des Rechtmittels der weitern Vertheidigung kann daher von Seite des Verurtheilten nicht eine Erklärung seines Willens seyn, daß er sein vermeintes Recht auf Straflosigkeit oder mindere Strafe geltend machen wolle; denn das Gegentheil eines solchen Willens würde er ja nicht rechtsgültig zu äussern im Stande seyn; sondern sie ist nur eine Ankündigung seines Glaubens, daß er sich entweder gar nicht, oder nicht in dem Grade für schuldig halte. Da nun in Hinsicht des condemnatorischen Criminalurtheils keine Verzichtleistung auf wirkliche Rechte von Seiten des Verurtheilten möglich ist, da eben darum ein solches Urtheil nie rechtskräftig werden kann; so folgt daraus mit unwidersprechlicher Consequenz daß Appellation gegen ein Criminalurtheil nicht statt habe."

Ich gebe zu, daß in dem Falle, wo der Verurtheilte auf weitere Vertheidigung verzichtet hat, wo aber neue erhebliche Umstände sich zeigten, troß jener Verzichtleistung das condemnatorische Urtheil nicht vollzogen, vielmehr eine weitere Untersuchung gepflogen werden müsse, und der Grund hievon ist nicht sowohl

darin zu finden, daß der Condemnirte nicht rechtsgültig verzichten könne, sondern daß der Staat, wenn auch hundertmal diese Verzichtung rechtsgültig geschehen wäre, der ihm obliegenden Verbindlichkeit, die Sache vollständig zu untersuchen, und nur nach erschöpfter Untersuchung und gerecht dem Faktum gemäs zu richten, nie überhoben wird. Die Untersuchung sowohl als das Urtheil, beyde sind in Criminalsachen nothwendig, was in Civilfällen, wo alles auf Antrag der Partheyen ankömmt, der Fall nicht ist. — Bey jenen geschieht alles von Amtswegen, es liegt in den Pflichten des Staats, und so wenig dieser zum Gunsten des Inquisiten, z. B. eine ganze Untersuchung unterlassen kann, so wenig kann der Staat, wenn der Inquisit auf etwas ihm günstiges verzichten will, diesen Verzicht acceptiren. — Die Befugniß des Inquisiten hebt hier nicht die Verbindlichkeit des Staates auf, es handelt sich hier nicht wie bey Partheyen, wo der Verzicht auf das Recht von Seite des einen, die Pflicht auf Seite des andern aufhebt; eine solche Correlation zwischen Rechten und Pflichten, und eine solche Erlöschung beyder zeigt sich hier nicht. So wenig also hier ein Verzicht von Seite des Condemnirten die Verbindlichkeit des Staates, neue erhebliche Umstände zu untersuchen und gemäs ihnen neuerdings zu urtheilen, aufhebt, so wenig kann auch der Staat auf der anderen Seite gehalten seyn, wenn keine solche neue Umstände eintreten, seinem gefaßten Urtheile die Möglichkeit einer Rechtskraft zu

entziehen, oder was das Gleiche sagen will, sein Erkenntniß noch einmal, sobald der Condemnirte dagegen Beschwerde führt, ohne Rücksicht auf die Zwischenzeit zu nehmen, neuerlich zu prüfen, und über seine Gerechtigkeit durch eine weitere Instanz aburtheilen zu lassen. Sollte nämlich der Staat zu einer solchen neuerlichen Prüfung und zwar zu jeder Zeit verbunden, so wie der Condemnirte zu jeder Zeit gegen eine verdammende Sentenz Beschwerde zu führen berechtigt seyn; so könnte der Grund hievon nur darin liegen, daß dem Inquisiten nicht sogleich nach gefällter Sentenz oder nach einigem Zwischenraum die Bedingungen zur Möglichkeit einer Beschwerdeführung gegeben wären. Dies ist aber bey Urtheilen, nach deren Erlassung neue das Faktum ändernde Umstände sich nicht hervorthun, nie und auf keine Weise der Fall; der Inquisit oder dessen Defensor ist ja mit der Aktenlage und dem darauf gebauten Urtheile bekannt, und ob nun dieses Urtheil jener Lage angemessen sey, ob der Richter nicht illegal geurtheilt habe, dies muß der Inquisit gleich nach gefälltem Urtheile, eben so gut, als eine lange Zeit darnach beurtheilen können. Hier in einem solchen Falle, wo es sich lediglich von einer richtigen Anwendung der Gesetze auf das Faktum, nicht von neuen Thatumständen handelt, hier kann dem Inquisiten nie verstattet seyn, zu jeder Zeit etwa nach seinem Belieben das erlassene Urtheil anzufechten. Hier treten alle Gründe zur Einführung einer Rechtskraft ein, und der Gesetzgeber muß auch

eine solche bey Criminalurtheilen festsetzen, wenn er anders nicht richterliche Urtheile für bloßes Spiel behandelt, und der Willkühr der Condemnirten alles freygestellt wissen will. Zu diesem kömmt, daß, wenn die Möglichkeit einer Rechtskraft durch die Möglichkeit des Verzichtes auf gewisse Rechte bedingt seyn soll, auch von Criminalsachen diese Rechtskraft nicht ausgeschlossen seyn könne, indem die Möglichkeit jenes Verzichtes nicht blos auf Rechte, die in einer Civil-, sondern auch auf jene, die in einer Criminalsache zu Sprache kommen, auszudehnen ist. Mag es gleich seyn, daß Rechte der letztern Art in der Regel bedeutender und wichtiger sind; so hat doch noch Niemand gezeigt, daß alle Dispositionen hierüber absolut ausgeschlossen, daß es dem Individuum unmöglich sey, gewisse Beschränkungen rücksichtlich derselben vorzunehmen, und wenn sie von Dritten geschehen sind, sich selbe gefallen zu lassen. Zwischen demjenigen, der sich durch den Spruch des Civilrichters um 1000 Gulden lädirt glaubt, und dem Inquisiten, der dafürhält, daß ihm statt 6 nur 4wöchige Gefängnißstrafe hätte zuerkannt werden sollen, ist gewiß der Unterschied so bedeutend nicht, daß nur bey jenem die Möglichkeit des Verzichtes, nicht aber bey diesem sich gedenken lasse. Wenn daher der Verfasser der bemerkten Recension sagt, daß der Inquisit, der da äussere, daß er sein vermeintes Recht auf Straflosigkeit oder mindere Strafe nicht geltend machen wolle, diese Aeußerung auf keine Weise rechtsgültig machen könne, so kann ich ihm

hierin unmöglich beystimmen. Höchstens mag eine solche Aeußerung, ein solcher Wille nicht als ein vernünftiger und besonnener — vorzüglich da, wo es größere Strafen oder vermeintliche Verfolgungen gilt — betrachtet werden, daß er aber als rechtsgültig nicht bestehen könne, hievon wüßte ich keine zureichende Gründe anzuführen.

Ich setze den bisherigen noch folgende Bemerkung bey. Wenn man zeigen will, daß die Idee der Berufung, angewandt auf Criminalfälle, keine Realität habe; so müßte man darthun, daß dieselbe, in dieser Beziehung genommen, einen Widerspruch in sich schließe. Nun liegt in dem Begriffe der Berufung weiter nichts, als die Befugniß eine von dem niedern Richter angeblich zugefügte Beschwerde bey dem obern Richter als wahre zu rechtfertigen, und um deren Hebung zu bitten; wer wird nun aber behaupten wollen, daß eine solche Befugniß in Criminalfällen eine Chimäre sey? Wäre sie dieses, so ließen sich auch in keiner Hinsicht je Vertheidigungen des Inquisiten gedenken, indem es offenbar ist, daß Appellationen weiter nichts als eine Art von Defensionen sind. Die Einwendung, daß Appellationen von darum nicht möglich seyen, weil sie lediglich zum Zwecke hätten, die Eintretung einer Rechtskraft der Urtheile zu hindern, Criminalurtheile aber nie rechtskräftig würden, diese Einwendung fällt dahin, so wie man bedenket, daß die 10tägige Nothfrist, und nach deren Verlauf die eintrettende Rechtskraft, keineswegs zum Begriffe der Berufung ge-

hörig, sondern nur Bedingungen ihrer Zuläßigkeit und Würkungen ihrer Unterlassung seyen. Ueberdies bewiese jene Einwendung in jedem Falle nur so viel, daß dem Condemnirten erlaubt seyn müsse, zu jeder Zeit das gravirende Urtheil mittels der Berufung bey dem oberen Richter anzufechten; keineswegs aber daß der Begriff der Berufung ein leerer Begriff sey, was um so weniger behauptet werden kann, als die Fortsetzung des Termins, binnen welchem man zu appelliren hat, mehr willkührlich als durch Nothwendigkeit geboten ist.

Fiele die Möglichkeit einer Rechtskraft bey Criminalerkenntnissen in jeder Hinsicht, bey jedem die legale Strafe nur um ein geringes excedirenden Straferkenntnisse, dahin; so wüßte ich nicht, wie man von Oldenkop an, bis hieher so sehr gegen die behauptete Inappellabilität der Criminalurtheile hätte kämpfen und Beschwerde führen können. Zu jeder Zeit müßte ja sodann den Verurtheilten es gestattet gewesen seyn, Beschwerde gegen die condemnirende Sentenz zu führen; aber welcher der Criminalisten ist es, der dieses vertheidigt, und welche Behörde, die auf dergleichen Beschwerden, auch wann immer vorgebracht, Rücksicht genommen hätte?

Nach allem diesem glaube ich denn, daß die Idee der Berufung in Criminalsachen kein leerer Wahn, kein Begriff ohne Gehalt und Bedeutung sey — und wir haben sonach, vorausgesetzt diese Realität der Berufung, nur noch zu untersuchen, ob dieselbe auch in

Criminalsachen ein nothwendiges nicht überflüssiges Rechtsmittel sey?

Der würdige um das Criminalrecht so verdiente Kleinschrod ist der Meynung, daß Berufungen in Criminalsachen von darum nicht nothwendig seyen, weil Criminalfälle der Regel nach immer von einem Gerichte untersucht, und dann von einem andern, und zwar collegialisch besetzten entschieden würden — Einrichtungen, bey denen die Unschuld keine Gefahr laufen kann. f) Wir wollen, was hier H. Kleinschrod im Betreff der Trennung zwischen der inquirirenden und decidirenden Behörde als Regel aufstellt, zur Allgemeinheit erheben, (was ohnehin von mehreren Schriftstellern als nothwendig behauptet wird), ist dieses Argument von darum ganz bindend und gegründet? Ich sollte es nicht denken, der Grund jener Trennung zwischen der inquirirenden und decidirenden Behörde ist kein anderer als Verhütung der Partheylichkeit und Illegalität. Es steht nämlich nicht zu erwarten, daß der inquirirende Richter bey begangenen Illegalitäten in der Untersuchung dieselbe anerkennen, und ein Urtheil auf sie gründen werde; und wenn gleich dieser Grund bey der decidirenden Behörde hinwegfällt, so ist doch hiedurch noch nicht die Möglichkeit gehoben, daß auch diese Behörde sich irre, und ein unbilliges Urtheil von ihr ausfließen könne. Ist aber dieses, so liegt noch immer Grund vor, Berufungen zu gestatten.

---

f) Arch. d. Cr. B. 6. St. 3. S.

Die Bemerkung, daß das Gericht, welches die Entscheidung hat, ein collegialisch besetztes sey, thut nichts zur Sache; werden ja auch Civilsachen von collegialisch besetzten Gerichten entschieden, und dennoch hat hier Berufung noch statt! Das Argument beweißt also zuviel, und eben darum glaube ich, daß die Unzulässigkeit der Appellationen in Criminalsachen hiedurch nicht dargethan sey.

Wir haben bisher darzuthun gesucht, daß a) die Idee der Berufung angewandt auf Criminalsachen keine Inhalt- und Bedeutungslose sey, und b) daß Appellationen ein nothwendiges Institut seyen. Nun fragt es sich weiter 1) in welchen Fällen? 2) von wem? 3) binnen welcher Zeit? appellirt werden könne, 4) wie viele Instanzen zulässig, und 5) welches die Wirkungen der Appellationen seyen?

In welchen Fällen ist die Appellation zulässig?

Die Beschwerden welche bey einem Criminalverfahren Jemanden zugefügt werden können, sind manchfach und verschieden; es kann Jemand nach geschloßner Untersuchung durch das endliche Erkenntniß, es kann derselbe noch beym Laufe der Untersuchung durch Zwischenakte beschwert werden. Die Praxis hat gegen die Tortur, gegen Confrontationen, gegen die Captur, und gegen die Verhängung der Specialinquisition Vertheidigungen des Inculpaten zugelassen; hauptsächlich diese Handlungen sind es auch, wodurch ein Angeschuldigter beschweret werden kann. Die Frage: in welchen Fällen Appellationen zulässig seyen? schließt also die weitre Frage: ob dieselben gegen die Tortur, die Confrontationen, Captur und Specialinquisition gestattet werden dürfen? in sich. Das Haupterkenntniß kann übrigens condemnirend oder absolvirend, und hier entweder absolvirend von der Instanz oder gänzlich (a tota causa) entbindend seyn. Ob in jedem dieser Fälle, und in welchem bey jedem besonders, die Berufung zulässig

sey, auch dieses muß als unter der obigen allgemeinen Frage begriffen näher von uns erörtert und entwickelt werden.

Da die Tortur aus unsern peinlichen Gerichtshöfen als verderblich längstens verwiesen, die Confrontation aber ein Mittel zur Erforschung der Wahrheit und von der Art ist, daß keiner der Inculpaten, ist er schuldlos, sie zu befürchten hat; so werden die Fälle der Zulässigkeit einer Berufung gegen Zwischenakte einzig auf die zwey, den der Captur und den der Specialinquisition zu beschränken seyn. Wir heben mit dem letzterem Falle die Untersuchung über die Zulässigkeit der Berufung gegen Specialinqulsitionen an.

I.

Kann gegen die Verhängung der Specialinquisition appellirt werden?

Wenn man von der den Römern eigenen, eben nicht verwerflichen Idee ausgeht, daß gegen keine Handlung eines Richters, welche nicht einen in der Folge nicht wieder zu reparirenden Nachtheil nach sich zieht, eine Berufung zulässig sey; so dürfte die aufgeworfene Frage schon aus dieser Rücksicht zu verneinen seyn. Es mag seyn, daß die Verhängung der Specialinquisition manche für den Inquisiten nachtheilige Folgen enthält, dieselben können noch immer gehoben werden, wenn nach geschlossener Untersuchung die decidirende Behörde von dem Daseyn der zu einer speciellen Untersuchung nöthigen Verdachtsgründe sich nicht überzeugt; wozu also eine Appellation, die begreiflicher Weise nur da eintritt, wo sie, was hier hinwegfällt, das einzige Mittel zur Hebung einer Beschwerde ist? Nimmt man noch zu diesem, daß, werden dergleichen Berufungen gestattet, der schleunige Gang der Untersuchung und die vielleicht mögliche Ueberführung des Verbrechers in der Specialinquisition verlohren geht; so kann man, wie es scheint, in Fällen dieser Art den Berufungen auf keine Weise das Wort sprechen. Sollte aber doch eine Berufung für zulässig erkannt werden;

so dürfte dies vielleicht nicht im Allgemeinen, sondern nur in gewissen Fällen zu gestatten seyn. Es ist nämlich möglich, daß schon bey der allgemeinen Untersuchung eine Ueberführung gegen den Verbrecher vorliegt, es kann aber auch das Gegentheil statt finden. Wenn nun auch in diesem letztern Falle der Apellation Statt gegeben werden könnte; so wird doch keiner auch im ersteren Falle eine solche Statthaftigkeit behaupten wollen.

Allein ohngeachtet des bisher Angeführten glaube ich doch, daß nie dem Inculpaten in dergleichen Fällen die Berufung versagt werden könne. Schon haben mehrere Criminalisten gegen jede dem Angeschuldigten präjudizirliche Handlung, folglich auch gegen die Specialuntersuchung, wenn gleich keine förmliche Appellation, doch eine einfache Beschwerdeführung wider den Inquirenden an den oberen Richter erlaubt. Ist dieses, so dürfte nach unserer Ueberzeugung noch mehr die Berufung als statthaft anerkannt werden. Gesetzt nämlich, daß mit der Specialuntersuchung gewisse nachtheilige Folgen verbunden sind, (und daß diese auch bey einer künftigen Gesetzgebung nicht leicht getilget werden können, hat Hagemeister gezeigt), gesetzt dieses, so ist nur die Berufung das einzige Mittel, das Eintreten dieser Folgen zu hemmen. Nur sie nämlich hat einen suspensiven Effekt, keineswegs aber die einfache Beschwerdeführung, und schon in dieser Hinsicht kann von keiner Gesetzgebung dieses Rechtsmittel den Inculpaten versagt werden.

Es ergiebt sich aber ihre Nothwendigkeit noch aus einer andern Rücksicht. Es giebt nämlich nicht selten Fälle, wo die Statthaftigkeit der Specialuntersuchung zweifelhaft ist, und wo die Criminalisten die Anfrage oder Einschickung der Akten an den Oberrichter zur Decidirung verlangen und anrathen. Wird nun bey einem solchen wenigstens für einen der Richter zweifelhaften Falle nachher die Specialuntersuchung von dem Obergerichte beschlossen; so wird doch vernünftiger Weise hier niemand die Zulässigkeit der Berufung in Abrede stellen wollen; um so weniger kann dies geschehen, als dergleichen Beschlüsse oder Erkenntnisse, sind sie einmal ergangen, leicht andere nachtheilige Folgen nach sich ziehen können. Dadurch, daß die Specialuntersuchung als rechtlich gegründet gegen Jemanden ausgesprochen wird, wird zugleich ausgesagt, daß dringender Verdacht gegen denselben vorhanden sey. Denke man sich nun, daß bey der auf dem Grunde jenes Beschlusses begonnenen und vollendeten Specialuntersuchung gegen den Inquisiten sich nichts näheres ergiebt, daß sogar die in der Generaluntersuchung bemerkten Verdachtsgründe bey dem definitiven Bescheide entweder weniger oder gar nicht bindend erscheinen, wie leicht kann nun statt einer absolutio ab instantia, eine ausserordentliche Strafe, da wo diese noch zulässig ist, oder statt der völligen Lossprechung nur die von der Instanz erfolgen. Durch die anerkannte Specialuntersuchung hat man ja bereits ausgesprochen, daß dringende, einen halben Beweis

und daher also auch eine ausserordentliche Strafe begründende Verdachtsgründe vorhanden sind; die bloße Lossprechung von der Instanz, oder gänzliche Entbinbindung würde das Gegentheil, eben damit aber auch eine Schwäche und Inconsequenz beweisen, welcher zu entgehen jede Behörde versuchen, aber eben hiedurch auch den Inquisiten beschweren wird.

Steht die Zulässigkeit der Berufung und Verhängung der Specialinquisition nach dem Gesagten fest, so fragt es sich nur noch, ob sie auch in Fällen wo bereits eine Ueberführung gegen den Angeschuldigten vorliegt, gestattet werden könne?

Diese Frage scheint ohne weiters verneinet werden zu müssen, indem in einem solchen Falle sogar schon ein definitives Erkenntniß gegen den Inquisiten möglich wäre. Wie sollte nun gezweifelt werden können, daß hier eine Berufung gegen Specialuntersuchung, die nur dringenden Verdacht, oder halben Beweis zu ihrer Begründung voraussetzt, in jeder Hinsicht gesetzlich unzulässig sey?

Es ist wahr, ist die Annahme der gegen den Angeschuldigten vorliegenden vollen Ueberführung immer eine objective, durchaus in Gewißheit gesetzte, so soll und kann nie eine Berufung erlaubt seyn. Allein ob in einem jedem solchen Falle die Annahme eine durchaus objective ist, dies ist ja eben die Frage, und wenn nun der Angeschuldigte gegen eine auf solche Gründe sich stützen wollende Specialuntersuchung appellirt, wenn er sie als unzulässig anführt; wer könnte wohl

C

so geradehin die Berufung verwerflich finden? Wird sie in diesen Fällen für unzulässig erkannt, so ist die Beurtheilung der vorliegenden Gewißheit der Ueberführung einzig den Einsichten des Untergerichtes heimgestellt, und wer wird diese als eine untrügliche und objective so geradezu für immer anerkennen wollen?

Aber wie, ist es nicht klar, daß auf solche Weise bey der Zulässigkeit der Berufung gegen Specialuntersuchungen der Gang der Criminalprocedur äusserst gehemmt und hiemit vielfacher Nachtheil verursacht werde? Dies kann einzig in dem Falle gesagt werden, wenn die Berufung als ungegründet abgewiesen wird, ausserdem, und wenn die Specialinquisition als unzulässig erkannt wird, war ja alles weitere Verfahren unstatthaft, und somit kann auch von einer Retardation des Justizganges hier nicht gesprochen werden. Zu diesem kömmt, daß, sollte der Vortheil der fortgesetzten Procedur überwiegender seyn, (weil der Fälle der unzulässig angegangenen Specialuntersuchung doch weniger seyn werden,) diesem Mißstande leicht dadurch vorgebeugt werden könnte, wenn dergleichen Berufungen lediglich ein devolutiver, keineswegs aber auch zugleich ein suspensiver Effekt*) beygelegt würde. Wirklich sollte auch dies eine von allen Staaten in der Folge zu treffende Verfügung werden; auch ist sie von der Art, daß nie der Inculpat mit Grunde hiegegen eine Beschwerde führen kann; denn was

*) Die Einschränkung unten Seite 36.

kann die Folge jener weiter fortgesetzten Untersuchung der Specialinquisition seyn? Keine andere, als daß im Fortgange derselben entweder sich mehrere Verdachtsgründe gegen den Inculpaten häufen oder nicht. Ist jenes, so würde, bey gestattetem suspensiven Effekt, die Berufung gegen alles Interesse des Staates und dem Verbrecher lediglich ein Mittel seyn, sich den Armen der Gerechtigkeit zu entziehen, was in jeder Hinsicht verwerflich ist. Ist hingegen dieses, so entstehet für den Inculpaten kein Nachtheil aus der weiter fortgeführten Untersuchung, die nunmehr, in dem Falle, wenn das Appellatorium die Specialinquisition für unzulässig erklärt, ohnedies sistirt wird, ausserdem aber rechtlich fortgesetzt würde.

Inzwischen wenn wir einer solchen Berufung den Suspensiveffekt in Betreff der Fortsetzung der Untersuchung benehmen, scheinen wir auf einer andern Seite nicht wenige Schwierigkeiten und Inconvenienzen zu häufen. Wie nämlich gesagt, läßt es sich denken, daß bey der während der anhängigen Berufung von dem Inquirenten fortgesetzten Untersuchung mehrere Verdachtsgründe und Belege gegen den Inculpaten sich ergeben. Da nun das Appellatorium diese neuerliche Akten nicht, sondern lediglich die Vorakten bis zur angegangenen Specialuntersuchung hat, und nur nach Lage dieser letztern spricht; so kann es sich nicht selten fügen, daß während das Appellatorium die erkannte Specialinquisition als unzulässig etwa verwirft, dennoch wegen der neuerlichen Indicien und Belege, diese wieder als

rechtlich besteht, somit der inzwischen erfolgte Apellationsspruch nichts wirkt, und ganz unnütz ist. Zu diesem kömmt, daß, da der Unterrichter die inzwischen an die obere Behörde eingeschickten Akten nicht besitzt, diese ihm aber, zur Fortsetzung der Untersuchung nicht selten nothwendig seyn werden, diese ganze Continuation der Untersuchung mehr verwerflich als zulässig erscheine.

Ich gestehe, daß ich diese Schwierigkeiten, wie andre, jedoch minder erhebliche, nicht mißkenne; inzwischen auch da, wo man der Berufung den benannten Suspensiveffekt gestattet, können dieselbe gleichfalls zum Vorschein kommen. Auch da nämlich ist es möglich, daß, während die Akten bey dem Appellatorium sich befinden, der Unterrichter, weil ihm vielleicht wieder neue Zeugen, die den Thäter etwa gesehen haben, oder sonst andre Data kund werden, die Untersuchung, sey es gleich keine inquisitio specialis, fortsetzen, und diese neuerlichen Protokolle und Belege der obern Behörde als inzwischen erhobene die Specialuntersuchung begründende Momente einschicken muß; gleiches nun in unsern Falle. Der Unterrichter hat auch hier, wie dort, die bey der angegangenen Specialuntersuchung entdeckten neuen Verdachtsgründe und die darüber aufgenommenen Protokolle, an die obere Behörde einzuschicken, und diese, über die Nachträge in Verbindung mit den Vorakten zu erkennen.

Nach diesen unsern Bemerkungen über Berufungen gegen Specialuntersuchungen, und den ihnen zu

denegirenden suspensiven Effekt, (welchen wir jedoch in Betreff der mit der Specialinquisition verbundenen Folgen, der Suspension vom Amte und dergleichen mehr, allerdings gestatten würden,) gehen wir nunmehr zur Beantwortung der 2ten Frage über: ob die Berufung gegen die Captur zulässig sey oder nicht?

2.

Ist die Berufung bey Capturen zulässig?

Der Grund aller Captur ist Vorbeugung der Vereitlung der Untersuchung und Strafvollziehung durch die Flucht. So oft demnach diese bey einem Individuum nicht zu befürchten steht, so oft ist auch die Haft unzulässig. Ausser diesen Gründen zur Vermuthung der Flucht, müssen aber, wie es sich von selbst versteht, auch dringende Verdachtsgründe gegen das Individuum vorhanden seyn. Bambergs neue peinliche Gesetzgebung erfordert noch ausserdem, daß in keinem Falle, wo die auf das Verbrechen gesetzte Strafe geringer als die Detention selbst ist, eine solche Inhaftirung erlaubt seyn soll; und der Grund hievon ist, weil der Verbrecher, der da weiß, daß die Strafe, die ihn erwartet, geringer, als das durch den Verdacht der Flucht sich zuzuziehende Uebel ist, nie einen solchen Verdacht erregen wird und kann. Demnach ist diese Verordnung, genauer betrachtet, eine auf die allgemei-

nen Gründe der Captur sich stützende, keineswegs besonders abweichende Verordnung.

Wie nun gegen die Specialuntersuchung, muß auch gegen die Captur, als gegen eine gleich präjudicirliche Handlung, gleichfalls die Berufung erlaubt seyn. Sie, selbst mit mehrern Strafarten ganz gleich und von ihnen nur den Namen nach verschieden, hat für den Inculpaten der Nachtheile zu viele, und nur zu gewiß ist es, daß sich der Richter bey Beurtheilung ihrer Bedingungen, und da sie schnelle Procedur erheischt, nur gar zu oft irren kann. Schon daraus, daß die Entlassung aus der Haft nach manchen Gesetzgebungen nur der Entscheidung der obern Behörde vorbehalten, und der inquirirende Richter bey Fällen dieser Art, bey dem Obergerichte anzufragen angewiesen ist, läßt sich die unumstößliche Folge ziehen, daß Berufungen gegen die Captur zulässig seyn müssen. Die Entlassung aus der Captur setzt nämlich genau das Hinwegfallen derjenigen Bedingungen voraus, welche bey ihrer Verhängung als existent erfordert werden. Ist nun in jenem Falle eine Entscheidung von dem oberen Richter erforderlich, warum sollte gegen die Verhängung der Captur keine Berufung zulässig seyn? Die Einwendung, daß die Anfrage wegen Entlassung aus der Captur von darum geschehe, weil diese Dimission eine Art Entscheidung oder Erkenntniß voraussetze, welche in den gedachten Gesetzgebungen nur der obern Behörde, keineswegs aber dem inquirirenden Richter zustehe, beweißt vielmehr für als gegen

unsere Behauptung. Denn ist die Entlassung aus der Captur eine Art von Erkenntniß, so ist es auch die Verhängung derselben, nur mit dem Unterschiede, daß dieses in jeder Hinsicht ein für den Inculpaten immer mehr drückendes ist; denn bey der Entscheidung der obern Behörde über die Entlassung aus der Captur kann vielleicht diese begutachtet werden, und aller Nachtheil für den Inculpaten fällt dann dahin. Zu diesem kömmt, daß, da dergleichen Entlassungsgesuche gewöhnlich auf dem Grunde des beygeschloßnen untergerichtlichen Berichtes geprüft werden, sie bey weitem nicht für den Inhaftirten so vortheilhaft, wie die Berufung seyn können; indem diese die Einschickung der vollständigen Akten erfodern, demnach auch eine tiefere Untersuchung und Prüfung über die Zu- oder Unzulässigkeit der Haft herbeyführen.

So gegründet inzwischen die Berufung gegen Inhaftirungen unserer Einsicht nach ist, so gegründet ist aber auch auf der andern Seite die Bemerkung, daß eine solche Berufung keinen suspensiven Effekt haben könne. Wenn nämlich schon in dem Civilprozesse bey Sachen, wo Gefahr auf dem Verzug haftet, nie eine suspensive Wirkung den Berufungen gestattet ist, so kann diese auch in unsrem Falle keineswegs zugelassen werden. Manche dergleichen Berufungen würden nämlich bey gestattetem suspensiven Effekt lediglich in der Absicht ergriffen werden, um inzwischen der bevorstehenden Inhaftirung zu entgehen, und während von der obern Behörde das den verhängten Haft bestät-

tigende Erkenntniß zurücke kömmt, würde der Appellant entgangen, aber hiemit auch alle Untersuchung für immer vereitelt seyn.

Was wir übrigens von den gegen einen Inculpaten, während der ergriffenen Berufung, dem inquirirenden Richter angezeigten neueren Verdachtsgründen, und was in einem solchen Falle derselbe zu thun habe, vorher bey der Berufung der Specialinquisitionen gesagt haben, muß auch hier und in gleichem Maße beobachtet werden.

3.

Ueber die Berufung gegen definitive condemnatorische Erkenntniße.

Ueber die Zuläßigkeit der Berufung gegen definitive, und zwar condemnatorische Erkenntniße, haben wir schon in dem Eingange unsrer Abhandlung die erforderlichen Gründe aufgeführt; hier fragt es sich nunmehr: ob gegen alle Erkenntniße dieser Art die Berufung gestattet werden soll? Dem ersten Anschein nach sollte man glauben, daß diese Frage geradehin zu bejahen sey. Indessen dünkt es uns doch, daß hier eine und die andre Einschränkung zu machen, und die Lehre von Appellationen in Civilsachen nicht so ganz hintanzusetzen sey. Wie nämlich bekannt, hat die Berufung in Civilsachen nur sodann statt, wenn eine gewisse Summe

als Summa gravaminis vorhanden ist. Setze man nun den Fall, daß auf ein oder das andere Verbrechen eine Geldstrafe, die Confiscation, oder der doppelte drey oder vierfache Ersatz als Strafe gesetzt ist, sollte wohl hier der Condemnirte mit einer Berufung gehört werden, die nicht sowohl gegen die Verurtheilung überhaupt, als gegen die Condemnation in eine gewisse Summe gerechnet ist, die die gewöhnliche Appellationssumme nicht erreicht? Bey dem Beamten, welcher sich bestechen ließ, bey jenem, welcher eine Unterschlagung begieng, soll nach Kleinschrods Entwurf der vierfache Ersatz des Empfangenen und Unterschlagenen statt finden; eben so soll derjenige, welcher fremde, im Handel und Wandel nicht gültige Münzen nachprägt, so viel als Geldbuse erlegen, als der Werth der geprägten Münzen beträgt. Wenn nun der Richter einen Beamten, wegen angeblicher Bestechung mit 25 fl., zum Ersatze von hundert Gulden condemnirte, der Verurtheilte aber hiegegen sich beschweren wollte, weil er nur 15 fl. im Werthe an Geschenken erhalten habe, somit nur die poena quadrupli von 60 nicht von 100 fl. hätte verhängt werden sollen; könnte wohl hier die Berufung angenommen werden? Dies kann nach unserer Ueberzeugung auf keine Weise behauptet werden, und wir glauben demnach, daß alles, was die Gesetze rücksichtlich einer gewissen Summe in Civilsachen als Bedingung der Appellationen verordnet haben, ganz und durchgängig auch in Criminalfällen seine Anwendung finde.

Was hier zunächst von Vermögens- und Geldstrafen gesagt wurde, gilt auch von andern Strafen, in soferne sie jenen absolut oder nur bedingt in gewissen Fällen gleichgesetzt werden. Wenn daher nach einer oder der andern Gesetzgebung zwischen der Geld- und Gefängnißstrafe eine Gleichstellung etwa in der Art bestimmt würde, daß eine Geldstrafe von 5 preußischen Thalern gleich einer Gefängnißstrafe von acht Tagen zu halten sey, so könnte auf den Fall, wo die Berufungssumme 50 fl. betrüge, keiner mit einer Berufung gehört werden, die lediglich zum Zwecke hätte, statt der erkannten 8 wöchigen Gefängnißstrafe jene von 6 Wochen zu rechtfertigen, denn die Läsion würde hier immer unter der zur Appellation erfoderlichen Summe stehen.

Alles bisher Vorgetragene kann aber nie auf Fälle ausgedehnt werden, wo sich der Verurtheilte nicht sowohl gegen die Condemnation in eine gewisse Summe, sondern gegen die Verurtheilung überhaupt beschwert. Sollte daher auch in einem solchen Falle die erkannte Strafe die sonst gewöhnliche Appellationssumme nicht erreichen, und etwa nur ein 8 tägiges Gefängniß, oder die ihr gleichgestellte Geldstrafe zu 5 Thalern erkannt seyn; so kann dieses dennoch und zwar von darum nicht berücksichtiget werden, weil es hier dieser Strafe und ihrer Dauer allein nicht, sondern vorzüglich dem Umstande gilt, daß der Appellant durch die Proclamation als Verbrecher sich gekränkt an seinem guten Namen und an seiner bürgerlichen Ehre sieht.

Hiebey sich zu beruhigen, kann ihm kein Gesetz auflegen, und es muß ihm vielmehr, um diesen Flecken von sich zu tilgen, dieses verlohrne Gut wieder zu erringen, der Weg der Berufung für immer geöffnet bleiben. In den obigen Fällen wird, lediglich um den Verlust einer gewissen Summe, oder die Dauer einer bestimmten Strafe gestritten, den Anspruch auf Unbescholtenheit hat man schon aufgegeben, dadurch, daß man zugestehen mußte, überhaupt nur mit Ausnahme einer gewissen Summe rechtlich verurtheilt worden zu seyn. Nicht so, sondern gerade umgekehrt verhält es sich im letztern Falle, daher auch die Zulässigkeit der Appellationen in diesem.

Aber wie läßt es sich wohl rechtfertigen, daß Gefängniß- und andre Strafen den Vermögensstrafen, oder umgekehrt diese jenen gleich gestellt werden? Können überhaupt nur bey einer guten Gesetzgebung Geldstrafen noch zugelassen werden? und wenn es auch ist, können Fälle, worauf Strafen dieser Art gesetzt sind, je als wahrhaft peinliche betrachtet werden? und ist somit nicht alles, was bisher von der Zu- und Unzulässigkeit der Berufung bey gewissen Fällen peinlicher Art gesagt wurde, durchaus unnütz und zwecklos?

Was die erste Frage, die Zuläßigkeit der Geldstrafen und ihre Gleichstellung mit andern Strafarten betrift, so mögen diese zunächst diejenigen entscheiden, die dergleichen Gesetzbücher zu fertigen haben. Einer Theorie über Berufungen genügt es, die verschiedenen möglichen Fälle zu anticipiren, und näher die Sache

betrachtet, wird jede künftige Legislation Geldstrafen und ihre Gleichstellung mit andern nicht unbedingt von ihrer Sphäre ausschließen können. Das Zweyte betreffend, so kann diese Einwendung blos von denjenigen gemacht werden, die die historische Ansicht des Criminalrechts an die Stelle der Wissenschaftlichen setzen. Daß die Geschenknehmung der Staatsdiener, die Unterschlagung und fälschliche Münzprägung wahre Verbrechen seyen, wer wird dies je zu bezweifeln, und wenn sie in einem peinlichen Gesetzbuche, wie etwa in dem kleinschrodischen Entwurfe bestraft werden, sie von darum aus der Reihe peinlicher Fälle auszustreichen sich getrauen? Nur dann, wenn man von einer gewissen Eigenschaft und Größe der Strafe den Charakter derselben als peinlicher abhangen, und darnach das Vergehen als peinliches beurtheilen wollte, würde man die entgegengesetzte Behauptung rechtfertigen können, ohne jedoch zu bedenken, daß die Unbestimmtheit und Relativität in dem Begriffe einer peinlichen Sache verewiget würde. Wird ein jedes künftige Criminalgesetzbuch nur eine bestimmte gewisse Reihe von Läsionen als absolut von den übrigen verschieden in sich aufnehmen, so wird ihm auch schon dieser Charakter genügen, um das Vergehen als peinliches zu betrachten, ohne erst andere Rücksichten von gewissen Arten von Strafen zu machen.

Dies sind unsrer Einsicht nach diejenigen Fälle, wo eine Berufung gesetzlich nicht gestattet werden kann; ob es außer ihnen nicht noch mehrere gebe, soll so-

gleich näher von uns geprüft werden. Nach den Gesetzen der Römer, war gewissen Verbrechern, als Aufruhrstiftern und Mördern, ganz unbedingt, andern, wie Münzfälschern, die Berufung sodann untersagt, wenn sie überwiesen waren, und das Verbrechen einbekannt hatten. Gleicher Meynung ist gewissermassen Herr Weber *). Nach ihm kann da, wo ein Aufruhr vorhanden ist, der nur durch den Tod des Anführers gestillt werden kann, da wo ein aufrührerisches Corps dem gegen den Feind ziehenden Heeresführer Gehorsam versagt, wo die bey der Armee zerrüttete Disziplin nur mit der äußersten Schärfe wieder herzustellen ist, wo endlich der Staat mit Räubern, Giftmischern und Meuchelmördern überschwemmt ist, von einer Berufung die Rede nicht seyn; hier ist, sagt Weber, mehr auf den Hauptzweck, als auf das Individuum Rücksicht zu nehmen.

Ich glaube nicht, daß in den von den Römern und Herrn Weber angeführten Fällen eine Unzuläßigkeit der Berufung so geradehin behauptet werden könne; und zwar was die Römer betrift, so hat selbst schon Weber bemerkt, daß auch sodann, wo Münzfälscher u. d. gl. ihres Verbrechens überführt sind, dennoch und zwar von darum die Appellation ihnen von keineswegs untersagt werden könne, weil sie ja noch immer, wenn gleich des Verbrechens überführt, gegen den Exceß der erkannten Strafe sich beschweren könnten.

*) A. ang. O. S. 91—92.

Zu diesem kömmt, daß die Angabe, der Verbrechen sey confessus et convictus, eine bloße Voraussetzung ist, die aber der Verbrecher nicht einräumt, die er ansicht, und wovon sich erst das Obergericht aus den Akten überzeugen, nicht aber blindlings der Angabe des Untergerichts trauen soll. Ein zureichender Grund der in den angeführten Fällen von den Römern denegirten Berufung kann demnach nicht aufgeführt werden. Aber eben so wenig wie bey Münzfälschern u. d. gl. läßt es sich bey Mördern rechtfertigen, wenn diesen, wie den Aufruhrstiftern, die Berufung von den Römern nicht gestattet werden will. Mag es nämlich auch seyn, daß bey einem entstandenen Aufruhr, oder wie die L. 6. §. 9. D. de inj. rupt. test. sagt, bey einer factione cruenta, wegen der weit um sich greifenden dem Staate selbst drohenden Gefahr, eine solche Ausnahme sich rechtfertigen läßt; so wird sich dies doch, so wie der in dem allegirten Gesetze angeführte Grund von poenae festinatione sed praeveniendi periculi causa keineswegs auf Mörder, wenigstens nicht auf einzelne, anwenden lassen. Wollte man aber dies, so getraue ich mir leicht nachzuweisen, daß auch auf mehrere Arten von Verbrechen diese Sanction erweitert werden müßte.

Selbst aber auch in den von Herrn Weber angeführten vorhin bemerkten Fällen sehe ich die absolute Unzuläßigkeit der Appellationen nicht ein. Denn was den Fall betrift, wo ein Aufruhr oder Aufstand nur durch den Tod des Anführers gestillt werden kann; so

glaube ich, daß bey einem gut organisirten Staat ein Fall dieser Art nicht so leicht eintreten könne. Einem solchem Staate werden gewiß mehrere Mittel zu Gebote stehen, die sicherer zur Dämpfung des Aufruhrs und zur Zerstreuung der Tumultuanten dienen, als es der Tod des Rädelsführers vermag. Zudem muß ja der Verbrecher vor dieser seiner Hinrichtung inhaftirt und prozessirt gewesen seyn. Wenn aber dieses ist, sollte es sich wohl denken lassen, daß der noch immer fortdauernde Tumult (denn diese Fortdauer muß angenommen werden, weil erst durch den Tod des Anführers der Aufruhr soll gedämpft werden) das einzige Mittel zur Dämpfung des Aufstandes sey? Liegt der Grund jener schnelleren Execution der Todesstrafe darin, daß mit diesem Untergange des Anführers alle fernere Leitung und Unterhaltung des Aufstandes unterdrückt wird; so müßte dies auch schon bey der Inhaftirung des Anführers eintreten, ohne erst des schnellern Todes desselben zu bedürfen. Ist aber dieser Grund vielleicht darin zu finden, daß durch die schleunige Execution Schrecken unter die Tumultuanten verbreitet, hiemit ihnen aber auch zugleich aller Muth zu ferneren Fortsetzungen des Aufstandes benommen wird; so frage ich, wie die Execution der Todesstrafe geschehen soll? Oeffentlich? Dies wird wohl so leicht nicht geschehen können, und von den Tumultuanten, die da sehen, daß das Haupt ihrer Faktion fallen soll, auf jede Weise verhindert werden. Also heimlich? Dies nützet nichts. Zu diesem kömmt, daß wenn

es dem Staate einmal möglich war, sich des Anführers zu bemächtigen, dies gewiß auch von ihm in Hinsicht der übrigen, wenigstens eines Theiles derselben, geschehen, hiemit aber auch ohne jene schnellere Execution der Aufstand erstickt werden könne.

Ist es schwer, in den angeführten Fällen den Tod des Anführers als einziges Mittel zur Herstellung der Ruhe zu rechtfertigen, so wird es auch immer eine Frage bleiben: ob die Appellation in einem solchen Falle so geradezu verworfen werden könne? Gleiches gilt von den andern von Weber angeführten Fällen; wenigstens können diese nie in einem künftigen Gesetzbuche oder Prozeßordnung aufgenommen, sondern lediglich in besondern Momenten durch ein besonders temporelles Gesetz darüber disponirt werden. Ein Gesetzbuch ist Norm für den Richter und diese Norm soll alle Willkühr beschränken. Hiezu wäre aber dem Richter, würden die obigen Fälle in eine allgemeine Prozeßordnung gestellt, ein weites Feld geöffnet. Der Richter hätte nun zu beurtheilen: ob die Anzahl der Räuber, Giftmischer u. d. gl. so groß sey, daß die heraus für den Staat und seine Bürger erwachsende Gefahr nur durch einen abgekürzten Prozeßgang, durch Versagung des Rechtsmittels der Berufung beseitiget werden könne. Nur auf ihn käme es an zu bestimmen: ob der Aufruhr durch den schnellen Tod des Anführers gedämpft, und bey gestatteter Berufung hingegen keine Rettung sey. Und wie nun, wenn wirklich gleich nach der von dem unteren Richter ge-

fällten Sentenz der Condemnirte bey dem Oberrichter im Wege der Berufung sich meldete, würde dieser ohne weiters sogleich die Berufung als unstatthaft abzuweisen haben; er, der vielleicht ganz andre Ansichten von dem entstandenen Aufruhr, dessen Fortgang und Gefahr als der Unterrichter hat?

Offenbar gefährlich und nur Verwirrungen erzeugend würden dergleichen in einer Prozeßordnung aufgeführte Ausnahmen seyn, und eben hiedurch leuchtet die Unmöglichkeit ein, daß eine bessere Legislation dergleichen Normen in einem Gesetzbuche je aufführen kann.

4.

Ueber die Berufung gegen die von der Instanz lossprechende Erkenntniße.

Jede Lossprechung von der Instanz setzt voraus, daß der Losgesprochne des Verbrechens verdächtig sey, ja eben dieser Verdacht wird durch die gedachte Lossprechung gegen den Angeschuldigten ausgesprochen. Als ein durch Urtheil proclamirter verdächtiger Mensch unter seinen Mitbürgern herumzuwandeln, kann keinem gleichgültig seyn, um da weniger, als dieser Verdacht, rücksichtlich des bürgerlichen Verkehres, für ihm gleiche Folgen, wie eine gänzliche Verurtheilung, hervorbringt. Auch für Verdächtige hat man die Achtung verloren,

und wie mit dem überwiesenen und bestraften Verbrecher, wird auch mit ihnen jeder alle nähere Verhältnisse aufzuheben suchen. Um so mehr wird dieses der Fall seyn, wenn die nach mancher Gesetzgebung bey halbem Beweise oder höchst dringendem Verdachte bisher zuläßigen ausserordentlichen Strafen in Zukunft dahin fallen sollten, folglich auch hier die Entbindung von der Instanz eintreten würde, weil zwischen einem in so hohem Grade indicirten und völlig überwiesenen Verbrecher nur ein geringer Unterschied statt findet.

Hat die Lossprechung von der Instanz fast gleiche Folgen, als die gegen den überwiesenen Verbrecher erkannte Strafe; so ist begreiflich, daß das Rechtsmittel der Berufung auch gegen sie zu gestatten sey. Bereits haben wir schon oben bemerkt, daß demjenigen der zu einer Geld- oder Gefängnißstrafe verurtheilt wurde, die Berufung nie in dem Falle versagt werden könne, wo diese gegen die Verurtheilung überhaupt, sey auch die Geld oder Gefängnißstrafe noch so gering, gerichtet ist. Ein Gleiches muß auch in unsrem Falle aus den nämlichen wie dort angeführten Gründen gelten. (Ob auch gegen gänzlich entbindende Erkenntnisse eine Appellation zuläßig sey, hierüber wird in dem folgenden § unsrer Abhandlung noch das etwa Nöthige vorkommen.)

5.

Wer die Befugniß zu appelliren habe?

Daß jedem in Untersuchung gezogenen und Verurtheilten oder von der Instanz losgesprochnen die Befugniß zu appelliren zustehe, braucht blos gesagt, nicht ausgeführt zu werden. Ob aber ausser ihm auch einem Dritten eine solche Berufungsbefugniß zustehe; dies ist es, was eigentlich hier zu erörtern ist.

Nach den Grundsätzen der Römer war, wie wir oben hörten, jedem aus dem Volke die Ergreifung der Berufung zu Gunsten des Condemnirten erlaubt; ja es wurde sogar auf diese Berufung sodann erkannt, wenn gleich der Condemnirte bey dem ersten Erkenntnisse sich beruhigen und der erkannten Strafe sich unterziehen wollte. So menschlich inzwischen diese Rücksichten der Römer waren, so glaube ich doch nicht, daß man mit Grunde denselben das Wort sprechen könne. Entschieden nämlich ist es, daß bey dieser so allgemein zugestandenen Befugniß die richterliche Gewalt eine Zielscheibe für jedermann seyn würde, und weiter die Betrachtung fortgesetzt, ist es einleuchtend, daß eine nicht geringe Zögerung und Verwirrung in dem Prozeßgang hiedurch entstehen muß. Ist nämlich jeder Dritte zu einer solchen Berufung berechtigt; so muß ihm auch erlaubt seyn, deßfalls seine Beschwerden schriftlich anzubringen und auszuführen. Welche dieser Beschwerdeschreiften soll nun der Oberrichter berücksichtigen? Sagt man: Alle, so ist die

daraus entstehende Zögerung offenbar; soll aber nur eine oder die andre berücksichtiget werden? Welche Willkühr! Zu diesem kömmt, daß eine solche jedem zugestandene Berufungserlaubniß schlechthin mit dem Wesen und der Idee einer Berufung unverträglich ist. Wenn nämlich, wie hier vorausgesetzt wird eine solche Appellation ohne Auftrag und Bewilligung des Condemnirten geschieht, was berechtigt den Appellanten zu dieser seiner Berufung? Vielleicht das Interesse, daß keiner, wie ihm dünkt, ungerecht verurtheilt werde? Dies zu verhindern kann nur Sache und Pflicht des Staates, keineswegs aber Sache der Einzelnen seyn, und so fällt denn aller Grund Appellationen von Dritten zu berücksichtigen, als nichtig, gänzlich dahin. Diesem tritt bey; gesetzt, daß der von andern ohne Einwilligung des Condemnirten ergriffnen Berufung ohngeachtet, die vorige Sentenz bestätiget wird, sollte der Verurtheilte nicht befugt seyn, wider den Staat, und zwar mit Grunde Beschwerde zu führen? Hätte man nämlich dergleichen Berufungen nicht zugelassen; so würde der Condemnirte, wenn gleich nicht seiner Strafe, doch eher den Finsternissen seines bisherigen Gefängnisses entgangen seyn. An dieser seiner längern Detention trägt einzig der Staat die Schuld, und wider Willen kann doch den Elenden eine solche längere Haft nicht aufgedrungen werden. Ist es nach diesem gewiß, daß kein Dritter gegen eine dem Condemnirten ihm gravirlich scheinende Sentenz appelliren könne; so kann es noch weniger erlaubt seyn, gegen

ein für den Inculpaten zu günstiges Erkenntniß die Berufung zu ergreifen, ausgenommen, daß er, wie im Accusationsprozesse, Privat- oder öffentlicher Ankläger ist. Ist blos ein öffentlicher Ankläger aufgestellt, ohne Zulassung einer Privatanklage; so kann auch nur jener der öffentliche Ankläger oder Fiscal, ausser ihm aber keiner, gegen die vermeintlich zu gelinde Sentenz die Berufung ergreifen. Da nämlich in diesem Falle einzig nur dem öffentlichen Ankläger die Wahrung des Interesse des Staates übertragen ist; so steht jedem andern die Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache entgegen, eine Einrede, welche selbst bey geschehener Ratihabition des Staates ohne Widerspruch nicht gehoben werden kann. Schon von darum kann in einem solchen Falle keinem andern, ausser dem öffentlichen Ankläger, die Berufung gestattet werden, weil es gewiß ist, daß jeder andere der von der bisherigen Aktenlage nicht, wie der öffentliche Ankläger, Kenntniß hat, durch die Einsicht dieser, um eine ordentliche Beschwerde zu führen, durch Fristgesuche die Sache unendlich verlängern, und ohne diese keine ordentliche Beschwerde führen würde und könnte. Ueberhaupt läßt sich die Befugniß Dritter zu appelliren nur in Republiken gedenken, in einer Verfassung, wo das öffentliche mit dem Privatleben zusammenfällt, wo das Allgemeine die Sache eines jeden geworden, und daher auch der Accusationsproceß der einzig zulässige ist.

Was hier von unbilligen Urtheilen gesagt wurde, muß unserer Ueberzeugung nach auch von nichtigen

Erkenntnissen behauptet werden. Weber,*) Kleinschrod und andere sind hier zwar entgegengesetzter Meinung. Allein mag es gleich seyn, daß eine Nichtigkeit ein auffallenderes und gröberes Versehen, als eine blos unbillige Sentenz ist, daß dem Staate mehr daran liegt, die erstere nicht begangen zu sehen; so bleibt doch immer noch der Grund aufrecht, daß die Verhütung dergleichen Versehen niemals Sache der Einzelnen oder der Privatpersonen werden könne. Ueberdies, wenn jeder solche Nullitätsklagen erheben könnte, wie viele dergleichen würden blos eingebildete und geträumte seyn? Und wenn nun dieses nicht selten der Fall, dabey aber auch zugleich die natürliche Folge es seyn wird, daß der Querulant diejenigen Kösten zu tragen hat, welche für den inzwischen detinirten Inculpaten ergangen sind; dürfte wohl eine Gesetzgebung, die eine solche Nullitätsquerel jedem erlaubet, sich von dieser Verordnung einigen Effekt versprechen? Wird nicht jeder, der eine solche Querel erhebt, die Möglichkeit ihres Ungrundes, damit aber auch die Gewißheit des Ersatzes aller Kösten sich denken, aber eben darum auch dergleichen Querelen unterlassen? Dabey kann ich nicht unberührt lassen, daß wenn, nach Weber, jedem gegen ein den Inculpaten entbindendes nichtiges Erkenntniß die Querel erlaubt ist, diese, und zwar weit mehr gegen nichtige condemnatorische erlaubt seyn müsse. Ist aber dieses,

---

*) In der angef. Abh. §. 48.

so weiß ich nicht, wie man die Berufung jedem Dritten versagen, die Querel aber gestatten könne; denn ist eine obschon nichtige Sentenz, die einen zur monatlichen Gefängnißstrafe verurtheilt, ein größeres Uebel, als ein Urtheil, wo einer statt zur zwey = zur 4 oder 6jährigen Zuchthausstrafe obwohl unbilligerweise verurtheilt wird? In jeder Hinsicht kömmt hier Weber mit sich selbst in Widerspruch, da er sagt, daß man zwischen nichtigen und unbilligen Urtheilen unterscheiden müsse; jene, nicht diese könnten von jedem Dritten angefochten werden. Wenn er nun gleich in dem folgenden §. darauf behauptet, daß das mildere Urtheil nicht geschärft werden könne, wenn nicht der Fiscal oder ein Dritter appellirt; so sind dies offenbar Sätze die sich auf keine Weise vereinigen lassen.

Nur einzig im Adhäsionsprozesse kann dem Adhärenten die Erhebung der Nichtigkeitsklage erlaubt seyn, indem von der criminellen Entscheidung oder dem Criminalpunkte der Civilpunkt, seine Entschädigung, zu sehr abhängt, beydes von einander unzertrennlich ist.

Die Berufungserlaubniß würde ich übrigens im Inquisitionsprozesse ausser den Condemnirten auch dessen Anverwandten und Familie, wie ihnen dies schon nach römischen Rechte zustand, kurz allen hiebey vorzüglich interessirten Personen gestatten; denn klar ist es, daß jede Schande die auf ein Glied einer Familie oder auf einen Verwandten fällt, auch von den übrigen Gliedern der Familie mitgefühlt wird; auch sind die

Bande zu enge, als daß nicht eines um das Loos des andern sich bekümmern sollte. Wo also immer ein solches Interesse statt findet, mag der Appellant gehört werden, und jedem bleibe es überlassen, nach diesem allgemein ausgesprochenen Grundsatz die Personen die sich dieses Rechtsmittels bedienen können, einzeln aufzuzählen.

Da wir im Vorhergehenden erinnerten, daß auch bey gänzlich lossprechenden Erkenntnißen Berufungen zulässig seyn können; so bemerken wir hier, daß wir dort des Falles gedacht haben, wo der Accusationsprozeß statt findet, und wo es begreiflich ist, daß der Ankläger bey Erkenntnißen dieser Art appelliren könne, und vorzüglich appelliren werde.

6.

Binnen welcher Frist zu appelliren ist.

Was die Berufungsfrist in Criminalsachen betrifft; so ist es leicht einzusehen, daß die sonst gewöhnlichen Termine, der Interposition, der Einführung und der Rechtfertigung, der sonst aus vielen Gründen nothwendigen Beschleunigung der Criminal-Entscheidungen viel zu sehr entgegenstehen würden. Mit Grunde hat daher schon Weber diese Vervielfältigung der Termine und ihre Dauer als zweckwidrig bey jeder künftigen Legislation verworfen. Gewiß hat auch die Erfahrung bisher nur zu sehr bewiesen, wie viel Nachtheil hieraus für den Justizgang selbst in Civilsachen ent-

sprungen ist. Inzwischen können wir H Weber nicht beystimmen, wenn derselbe zur Interposition eine zwey- und zur Einführung der Berufung eine zehntägige Frist vorgestreckt wissen will. *) Diese Bestimmung ist nämlich, nach seiner eignen Bemerkung, auf dem Grunde gebaut, daß der Defensor zur Fertigung der Beschwerdeschrift die Materialien bereits in der von ihm gefertigten Vertheidigung habe, die Nachläßigkeit desselben dem Verurtheilten nicht schaden, und er leicht durch Strafen zur Uebergabe des Beschwerdenlibells angehalten werden könne. Allein wie wir oben hörten, hat Weber nicht blos dem Defensor, sondern auch andern, wo nicht für, doch wenigstens gegen die Inquisiten, wenn das Urtheil zu gelind ist, die Berufung gestattet. Haben nun diese Dritte auch die Materialien zur Fertignug des Beschwerdenlibells in der bereits gefertigten Vertheidigung liegen, sind sie eben so mit der Aktenlage vertraut, und wenn dieses nicht ist, kann wohl jene zehntägige Introductionsfrist als eine allgemein zulässige gerechtfertigt werden? Hiebey ist nicht zu vergessen, daß diese Frist auch sodann, wenn die Berufung durch den Defenser für den Condemnirten geschieht, nach der angegebenen Art, ganz zwecklos erscheint. Weber sagt nämlich, daß binnen der zehntägigen Frist der Beschwerdenlibell einzureichen sey; allein gesetzt, es geschieht nicht, kann derselbe nachher noch immer eingereicht werden? Nach Weber allerdings, weil die Nachlässigkeit des Defen-

*) In der angef. Abh. §. 47. S 97. 98.

sors dem Verurtheilten nicht schaden, und jener durch Strafen zur Uebergabe des Beschwerdenlibells angehalten werden kann. Aber worzu eine Frist, die, wenn sie auch verabsäumt wird, dennoch ohne Präjudiz für den Verurtheilten, somit ohne allen Effekt ist? Auf diese Weise kann der Defensor, wäre auch der Termin zum zweytenmale verlaufen, nach erlegter Strafe die Berufung noch immer einführen. Ist aber nach diesen Rücksichten jene Frist nicht eine völlig zwecklose? Ins Unendliche kann auf diese Weise die Sache verlängert werden; und sollen nicht, um diese abzuschneiden, selbst nach Weber alle Mittel getroffen werden?

Was mich betrifft; so würde ich die Eintheilung zwischen Interposition und Introduction zwar ebenfalls, jedoch in einem beschränkteren Sinne, beybehalten. So bald nämlich der Condemnirte, dessen Defensor, oder eine von den hiebey interessirten oben bemerkten Personen, appelliren zu wollen erklärten — und hiezu könnte ihnen die in dem ältern römischen Rechte bestimmte 3tägige Frist gestattet werden — so würde ich die Einreichung eines Beschwerdenlibells lediglich der Willkühr des Condemnirten oder dessen Verwandten überlassen, ohne sie als eine nothwendige und wesentliche, oder als solche Akte zu betrachten, ohne welche im Appellatorium nichts geschehen kann. Wird nämlich der Beschwerdenlibell als eine solche nothwendige Akte nicht betrachtet; so fällt erstlich alles Präjudiz für den Condemnirten, und zweytens alle

Strafe für den Defensor hinweg. Wird ja selbst in Civilsachen auch ohne Rechtfertigung der Beschwerden, da wo man sich lediglich auf die vorigen Akten bezieht, eine Berufung berücksichtiget, warum sollte nun in Criminalfällen eine obwohl nur bey dem Untergerichte gemachte Erklärung appelliren zu wollen, bey der obern Behörde keine Rücksicht verdienen? Inzwischen ist nicht zu vergessen, daß, wenn die Berufung respective ihre Rechtfertigung, schriftlich geschehen will, der Termin hiezu nicht der Willkühr der Appellanten freygestellt seyn könne. Nach dem gemeinen römischen Rechte der L. 5. C. de appell. wurde von dem Richter, welcher das angeblich beschwerende Urtheil fällte, eine Frist zur Introduktion immer vorgestreckt. Ein gleiches wäre unsrer Ueberzeugung nach, auch bey den gedachten schriftlichen Ausführungen als das zweckmäßigste zu statuiren. Es ist nämlich klar, daß es nur höchst gefährlich seyn würde, mittels Gesetzes einen gewissen bestimmten Termin ein für allemal ohne Unterschied der Fälle festzusetzen. Manche Sachen sind äußerst verwickelt, die Akten sehr weitläufig, und hier würde es unbillig seyn, zu kurze Termine zu bestimmen, so wie es auf der andern Seite dem Staate nachtheilig seyn würde, bey geringeren und nicht complicirten Fällen einen gewissen bestimmten und längeren Termin beyzubehalten. Niemand kann nun besser beurtheilen, wie lange nach Verhältniß der Sache der Termin zu prolongiren sey, als der Richter der die erste Sen-

tenz gefällt, und sich aus dem Umfange der Sache und der Zeit ihrer Bearbeitung überzeugt hat. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß ein solcher Termin immer ein präclusiver seyn müsse; und ich bemerke nur noch, daß, wenn auch Verwandte appelliren können, jedesmal der Richter diese, da ihnen nur a die notitiae der Termin zur Appellation lausen kann, von dem Urtheile in Kenntniß zu setzen, damit er aber dieses könne, immer den Inculpaten, dergleichen Personen wegen, gleich in dem ersten Verhöre besonders zu fragen, und seine Angaben zu protocolliren hat.

Da Verwandte, wie ich oben bemerkte, bey einer dem Inculpaten zuerkannten Strafe oder sonstigen Nachtheil, nicht gleichgültig seyn können, immer selbst mit interessiret sind; so erinnere ich, daß auch sodann, wenn der Condemnirte bey der ausgesprochenen Strafe sich beruhigen wollte, dennoch die Berufung dieser bey der obern Behörde gehört werden müsse. Haben schon die Römer auf Appellationen von Dritten, für den Condemnirten ergriffen, aus Menschlichkeit Rücksicht genommen; so muß dieses hier um so mehr statt finden, als hier ausser jener allgemeinen, noch eine andre Rücksicht eintritt, die Rücksicht nämlich, daß das Familienband so tief geschlungen ist, daß das, was den einen trifft, auf die andern gleichsam mit übergeht, daß jeder, so zu sagen, betheiligt ist, somit als selbstständig, wenn der andre auch seinem Vortheil entsagen sollte, dennoch diesen unabhängig,

wenn gleich zuletzt auf den andern mit zurückfallend, verfolgen darf.

7.
Ueber die Wirkung der Appellation in Criminalsachen.

Wir haben bereits schon oben bemerkt, daß, wir der Berufung die gegen die Captur oder Specialinquisition gerichtet ist, einen suspensiven Effekt nicht gestatten; ihr devolutiver versteht sich von selbst. Wohl aber ist es begreiflich, daß, wenn die Berufung eine zuerkannte Strafe anficht, der suspensive Effekt unausbleiblich sey. Die Folge, die eine absolutio ab instantia nach sich zieht, ist keine Gewalt zu hemmen im Stande; der als verdächtig Proklamirte bleibt es bis nach erfolgter ihm günstiger Sentenz.

Inzwischen wenn wir hier von den Wirkungen der Appellation sprechen, wollen wir nicht die sonst gewöhnlich darunter verstandnen Effekte, sondern vorzüglich die Befugniß der oberen Behörden, nämlich ob sie die erstere Sentenz nicht blos mildern, sondern auch schärfen können, verstehen.

Es ist ausser allem Zweifel, daß, wenn eine Sentenz auf dem Grunde eines Anklageprozeßes erfolgt, und der öffentliche oder der Privatankläger gegen ein ihm zu gelind scheinendes Urtheil appellirt, dieses Urtheil, wenn es von der oberen Behörde als zu gelind

sollte gefunden werden, wirklich reformirt, und in ein härteres umgeschaffen werden könne. Eben so gewiß ist es, daß wenn der Condemnirte gegen ein angeblich zu scharfes Erkenntniß die Berufung ergreift, dieses, wenn es als solches sich zeigt, in ein gelinderes umgeschaffen werden müsse. Desto unentschiedener ist es aber, ob auch sodann, wenn der Angeschuldigte und Condemnirte gegen eine, wie ihm dünkt, gravirende Sentenz appellirt, diese aber als gravirend nicht, vielmehr als zu gelind, der obern Behörde sich darstellt, dennoch dieselbe von dem oberen Richter geschärft werden könne. Weber in der angeführten Abhandlung behauptet dies,*) und bezieht sich auf Kleinschrod, welcher angiebt, daß da, wo das remedium ulterioris defensionis von dem Angeschuldigten ergriffen wird, dem Richter die Befugniß das ihm zu gelind scheinende Urtheil zu schärfen, nicht benommen sey. Als Grund hievon wird angeführt, daß durch die Berufung das erste Urtheil suspendirt, und als gar nicht vorhanden anzusehen sey. Man unterstützt diese Behauptung noch dadurch, daß man sagt: auch in Civilsachen könne ein härteres Urtheil im Appellatorium ergehen, also auch in Criminalsachen, und wenn Leyser sich auf die L. 45. D. de re judic. beziehe, und behaupte, daß der Condemnirte auf das erste Erkenntniß ein jus quaesitum erhalte, so sey dies von darum ungegründet, weil durch seine Berufung das erste Erkenntniß suspendirt, somit von keiner

*) §. 49. S. 104.

Rechtskraft desselben, und eben daher auch von keinem erworbenen Rechte die Rede seyn könne. Allein so gewiß es seyn mag, daß eine Beziehung auf die L. 45. all. hier nicht gedacht werden könne, so gewiß ist es doch, daß aus andern römischen Gesetzstellen Leysers Meinung sich vertheidigen, und über allen Zweifel hinaussetzen lasse. Wie von uns oben weitläufiger ausgeführt wurde, konnten bey den Römern sowohl Verwandte als jeder Dritte für den condemnirten Verbrecher appelliren, ja es wurde sogar, bey dem gleichwohl in der Mitte liegenden Verzicht des Verurtheilten, dennoch auf eine solche Berufung, und zwar, wie die Gesetze sagen, humanitatis ratione, erkannt, und die Execution der erstern Sentenz deren Erfüllung der Verurtheilte wollte, verschoben. Wäre dieses nun wohl möglich gewesen, wenn bey eingelegter Appellation von Seite des Condemnirten die Strafe hätte geschärft werden können? Humanitatis ratione ward das erste Erkenntniß noch verschoben, also bloß weil es möglich war, daß das erste Erkenntniß noch gemildert werden könnte; Schärfung war hier nicht mehr denkbar, um so weniger als es sonst unbegreiflich gewesen wäre, wie man auf Berufungen von Dritten, und zwar gegen den Willen des Condemnirten ergriffen, hätte erkennen können. Die Bemerkung daß in Civilsachen gegen den Appellanten ein schärferes Urtheil ergehen könne, folglich auch in Criminalsachen, finde ich ganz ungegründet. Gesetzt von dem judice a quo wird ein man-

datum cum clausula erkannt, wogegen ich mich beschwere, und behaupte, daß gar kein Mandat statt finden könne; ist hier wohl der Oberrichter befugt, sogar ein mandatum sine clausula zu erkennen? Unmöglich! denn für den Gegner, welcher nicht appellirte, ist ja die erstere Sentenz rechtskräftig, er beruhigte sich damit, und von Amtswegen kann eine Reformation zu seinem Vortheile auf keine Weise vor sich gehen. Die Einwendung, daß durch die ergriffene Berufung, das erstere Urtheil suspendirt werde, daß die Appellationsinstanz eben so spreche, als wenn ein Urtheil gar nicht in der Mitte liege, diese Einwendung beweiset im geringsten nichts. Genauer genommen, ist sie nichts weiter als eine blose petitio principii. Mit eben so vielem Grunde läßt sich behaupten, daß die obere Behörde, insoferne in der erstern Sentenz für den Appellanten keine Beschwerde liegt, an diese gebunden sey, und daß sie über dieses Gravamen hinaus nichts an ihr ändern könne. Daß diesem so seyn müsse, und daß jede Legislation von keiner anderen Ansicht ausgehen könne, werden wir in der Folge erweisen. Wäre aber auch diesem nicht so, so können doch die von Weber am angeführten Orte niedergelegten Ideen keineswegs gerechtfertigt und unter sich in Einklang gebracht werden. Wenn nämlich derselbe dort behauptet (§. 49.), daß bey einer von dem Inquisiten ergriffenen Berufung das Urtheil geschärft werden könne, dann aber in dem nämlichen §. sagt, daß, wenn weder der Fiscal noch ein Dritter appellirt, das Ur-

theil, wenn nicht auffallend gegen die Gesetze gesprochen wurde, keiner Schärfung unterliege; so ist klar, daß eine Zusammenstimmung in diesen Ideen nicht vorzufinden sey. Nach dieser letztern von Weber gemachten Aeußerung kann nämlich, bey einer von dem Condemnirten ergriffenen Berufung, das erste Erkenntniß nur dann geschärft werden, wenn dasselbe auffallend gegen die Gesetze ist, da doch im Vorhergehenden diese Schärfung unbedingt und allgemein, ohne irgend eine Einschränkung zugestanden wurde, was auch in jeder Hinsicht gegründeter und leichter zu rechtfertigen ist. Wenn nämlich der Grund, warum bey eingelegter Berufung auch von Seite des Condemnirten das erste Erkenntniß geschärft werden könne, darin liegt, weil durch die Berufung die erste Sentenz suspendirt wird, so muß nunmehr, ohne den Unterschied, ob ein Urtheil auffallend gegen die Gesetze sey, oder nicht, zu berücksichtigen, dasselbe, ist es nur überhaupt nicht zu Recht bestehend, reformirt werden können. Zu diesem kömmt, daß, wenn nur dann, wo das erstrichterliche Erkenntniß auffallend gegen die Gesetze ist, einer Schärfung dieses Erkenntnißes Platz gegeben wird, wegen des Schwankenden und Relativen, das in dem Worte auffallend liegt, mancher Partheylichkeit Thür und Thor geöffnet würde, abgesehen übrigens, daß sich der Fall einer Berufung gegen ein den Inculpaten auffallend begünstigendes illegales Erkenntniß von Seite des Condemnirten kaum dürfte denken lassen.

Was wir bisher aus den Gesetzen zu erweisen suchten, die Unzulässigkeit einer Schärfung des Urtheils bey der von Seite des Condemnirten ergriffnen Berufung, mag nunmehr auch als die einzig wahre von jeder künftigen Legislation zu befolgende Maxime gerechtfertiget werden. Will die Gesetzgebung, daß Berufungen von Seite der Inquirirten nicht gänzlich unterbleiben, oder der Effekt, den sie sich davon verspricht, ganz oder größtentheils unterdrückt werde, so bleibt ihr einzig der Grundsatz: nur Milderung nicht Schärfung findet statt: als vernünftige Bestimmung übrig. Der Zweck, weswegen dem Inquirirten die Berufung gestattet wird, ist und kann kein anderer seyn, als durch dieses Mittel dem Angeklagten es möglich zu machen, eine ihm zugegangene Beschwerde zu heben, zu bewirken, daß die Härte eines Ausspruches gemildert, ein ihm bevorstehendes drückendes Loos abgewendet werde. Wenn nun aber da, wo ihn auf solchem Wege die Möglichkeit, sein Schicksal gelindert zu sehen, anspricht, auch zugleich der niederschlagende Gedanke, daß dieser Weg noch in tieferes Elend ihn führen könne, entgegengehalten wird, (und dies ist, wenn der Appellationsrichter auch schärfen kann,) wird er wohl von einem solchem Mittel je Gebrauch zu machen versuchen? Die Furcht vor der einen, wird die Hofnung von der andern Seite untergraben, und so auch die Berufung in den meisten Fällen, wo nicht gänzlich, unterbleiben. Ist aber dieses, so ist auch dem Staate die Möglichkeit Urtheile zu schärfen, benommen; dem-

nach kann derselbe, will er nicht alle Berufungen vertilgen, lediglich Milderung, aber nie eine Schärfung im Appellatorium zulassen. Geschieht dieses, so wird doch wenigstens das Interesse und Wohl des einen, des Inquirirten, wenn gleich nicht jenes des Staates, gewahrt. Ausserdem würde die Wahrung von Beyden unmöglich seyn.

Durch diese ganz aus der Natur des Menschen, dem nothwendigen Spiele seiner Vorstellungen hergenommenen, und wahren Bemerkung die Unzulässigkeit der Schärfung in Appellationsinstanzen beweisend, sind wir der nunmehr zwecklosen Untersuchung, ob auch in rechtlicher Hinsicht eine solche Unzulässigkeit sich nachweisen lasse, überhoben. Diese Untersuchung würde nur dann von einigem Nutzen seyn, wenn sich denken ließ, daß auch im entgegengesetzten Falle (da nämlich, wo der Oberrichter nicht nur mildern, sondern auch schärfen kann), die Berufungen wie vorhin noch statt finden werden. Allein, daß dieses der Fall nie seyn wird, daß viele bey einer dem Oberrichter eingeräumten Befugniß zu schärfen, von dem Rechtsmittel der Berufung keinen Gebrauch mehr machen werden, ist durch das Obige klar und genügend dargethan. Und selbst, wenn nur hin und wieder ein oder der andre, wegen der den obern Gerichten eingeräumten Befugniß zu schärfen, sein Heil in der Berufung zu suchen, unterlassen würde, könnte und dürfte der Regent diese Gewalt zu schärfen, seinen Behörden nie ertheilen. Mag sich daher jene Befugniß zur Schärfung auch

noch so strenge erweisen lassen, so hat doch die Führung dieses Beweises wenigstens kein praktisches Interesse, weil ein weiser Gesetzgeber von einer solchen Befugniß für seine Gerichte nie einen Gebrauch machen wird und kann.

Hieraus sieht man, daß die Gesetzgebung nicht blos durch schaale, abgezogene Rechtsbegriffe, sondern durch noch viele andre Rücksichten motivirt und begründet wird.

Wenn es aber auch darauf mit ankommen sollte, was jedoch gezeigtermassen nur lediglich in Beziehung auf die Theorie gilt, daß einige Untersuchung über jenen in rechtlicher Hinsicht zu liefernden Beweis verbreitet werden sollte, so würde ich keinen Anstand nehmen, für die bejahende Meinung der Befugniß zu schärfen zu stimmen. Wie bereits in der Einleitung bemerkt wurde, ist der Staat bey peinlichen Fällen unmittelbar interessirt, und ist dieses, so ist jenes Recht, zu schärfen, unmittelbar Folge, indem diesem Interesse nur durch ein durchaus gerechtes und dem vorliegenden Falle angemessenes Erkenntniß Genüge geschehen kann. Jedes den Inquisiten begünstigende Urtheil, jeder zu gelinde Ausspruch ist eine Läsion dieses unmittelbaren Interesses, und so wie die Vernunft gebiethet, daß jedem sein Recht geschehe, so erfordert es auch das Staatswohl, daß Erkenntniße, die nur einzig den Inquisiten berücksichtigen, wegen der nachtheiligen hieraus entspringenden Folgen reformirt und

geschärft werden. Die dagegen von Zachariä*) gemachte Bemerkung, daß der Staat seine eigene Urtheile, ein von ihm selbst gefälltes Erkenntniß nicht umändern könne, vielmehr gegen sich gelten lassen müsse, ist eine scheinbare, leicht zu hebende Einwendung. Sind nämlich in Criminalsachen mehrere Instanzen niedergesetzt, und dies muß seyn, weil ausserdem auch für den Inquirirten keine Berufung, und auf dem Wege dieser ein günstigeres Urtheil nicht möglich wäre, so spricht der Staat als richterliche Gewalt nur in dem Urtheile dieser mehrfachen Instanz seine Ansicht vollständig aus; seine Funktion und Thätigkeit ist nicht mit dem ersten Spruche erschöpft und geendigt, mit andern Worten, die richterliche Gewalt des Staates, oder der Staat in seiner richterlichen Gewalt an die verschiedenen Instanzen vertheilt, gedacht, legt nur in den Entscheidungen dieser verschiedenen Instanzen sein vollständiges Urtheil dar. Muß der Staat dem Condemnirten Aussichten für ein günstigeres Urtheil offen lassen, so kann er auch sich die Befugniß, das gefällte erstere Erkenntniß reformiren und schärfen zu können, ohne Widerspruch vorbehalten. Demnach sieht man, daß hier mit dem Worte eigenes Urtheil lediglich ein Spiel getrieben, diesem ein Sinn untergelegt wird, der, wird er richtig gedeutet, den angeblichen Widerspruch gänzlich hebt.

---

*) Philos. Anfangsgr. des Criminalrechts. Leipzig 1805. S. 82.

8.
Ueber die Anzahl der Instanzen in Criminalsachen.

Das Letzte, was wir zu beantworten haben, ist die Frage: wie viele Instanzen in Criminalsachen niederzusetzen sind? Klein in den Annalen glaubt, daß, wie in Civil- so auch in Criminalsachen drey Instanzen seyn müßten. Das preußische Recht hat ihrer nur zwey gestattet, für welche Anzahl auch Weber zu stimmen scheint.

Wenn es sich in Criminalsachen ganz entschieden von wichtigern und bedeutendern Gütern als in Civilsachen handelt, so möchte es sich kaum rechtfertigen lassen, in Crminalsachen lediglich zwey Instanzen niederzusetzen. Die vom Weber gemachte Bemerkung, daß die Instruction der Civilsachen meistens nur summarisch geschehe, und eine Collusion der Parthey oder des Unterrichters mit dem Oberrichter zu befürchten sey, würde, wenn sie auch im Stande wäre, die Anzahl dreyer Civilinstanzen zu rechtfertigen, doch nie die Entbehrlichkeit der dritten Instanz in Criminalfällen darthun. In einem Staate nämlich, wo noch Collusionen zwischen Unter- und Oberrichter, dann den Partheyen statt finden, wo diese noch Einfluß auf Entscheidung der Sache haben, und durch zweckmäßige Mittel diesem Unheile noch nicht vorgebeugt ist, werden dergleichen Collusionen auch in Criminalsachen aus

den nämlichen Gründen zwischen der obern und niedern Behörde, und wenn gleich nicht durch den etwa inhaftirten Inquisiten, doch durch dessen Anverwandte oder andre bey seinem Schicksale interessirte Personen statt finden.

Schwieriger scheint eine andre Einwendung. Nehmet an, daß der inquirirende oder instruirende Richter nie auch zugleich decidirende Behörde seyn soll und darf, so würde jeder Staat ausser den gewöhnlichen für Civilfälle niedergesetzten dreyen Instanzen, noch eine vierte Instanz, die dritte nämlich für Criminalfälle zu organisiren gemüßiget seyn. Wenn nun aber dem Staate durch die für die Condemnirten gestattete zweyte Instanz nicht unbedeutende Kosten verursacht werden, kann man demselben wohl zumuthen, noch einen neueren Aufwand durch eine weitere Instanz sich aufzuladen? Und wenn nun eine solche dritte Instanz niedergesetzt wird, soll etwa nunmehr das sonst in Civilsachen angeordnete oberste Tribunal die zweyte Instanz, und hiemit sich eine Art Anomalie bilden? Zu diesem kömmt, daß noch aus einem andern Grunde jene Vervielfältigung der Instanzen, als schlechthin überflüssig, sich darzustellen scheint. Niemand wird in Abrede stellen, daß in Criminalfällen der Richter immer mehr für die gelindere Meinung gestimmt ist, immer die Sache auf einer leichtern, den Inculpaten begünstigenden Seite, und das aus einem leicht zu erklärenden psychologischen Phänomen nimmt. Der Schade nämlich, welcher aus einer gelinden Be-

strafung entspringt, verliehrt sich so sehr in das Ganze, daß ihn die Einbildungskraft nur als einen entfernten, künftig erst, und vielleicht nur möglicherweise entstehenden, ja ich möchte sagen, als einen blos ideellen verfolgen kann, da hingegen in Civilsachen bey jeden nicht festen und ausgleichenden Spruch der Verlust der einen Parthey sich auf der Stelle und lebendig darstellt. Denkt man sich nun, daß die in den Criminalfällen aufgestellte Berufungs- und letzte Instanz, als solche, von gleichen gelinden Maximen, ja noch mehr als die erste gleichfalls nothwendig geleitet, daher bey der geringsten anscheinenden Härte des ersten Erkenntnißes für die Milderung dieses gestimmt seyn wird, so scheint die Organisirung einer dritten Instanz in Criminalfällen in jeder Hinsicht ein überflüssiges und unnützes Institut zu seyn.

Allein, um gleich auf das letztere dieser Argumente zu antworten, so ist zu bemerken, daß durch jene den Richtern gleichsam innerlich nothwendige unwillkührliche Maxime der Gelindigkeit, noch nicht einzig und allein das Urtheil motivirt werde. Jene Maxime ist dem Richter der niedern sowohl als der obern Instanz ganz gleich gegeben. Aber verschieden sind und können oft die An- und Einsichten der Richter der verschiedenen Instanzen rücksichtlich der vorgelegten Fälle seyn. Da nun diese Einsichten und die Voraussetzung eines von der ersten Instanz etwa begangenen Irrthums es vorzüglich mit sind, die die Abfassung der Erkenntniße und die Einführung meh-

rerer Instanzen begründen, so ist wohl von selbst klar, wie wenig zureichend dies letzt angeführte Argument sey.

Von nicht größerer Bedeutung ist die erste von dem Kostenaufwande hergenommene Einwendung; denn auch angenommen, daß jeder Staat auf finanzielle Umstände bey Errichtung von Instituten Rücksicht zu nehmen hat, so versteht es sich von selbst, daß jeder gut eingerichtete Staat immer auch gute Finanzen hat. Nur für solche die dieses nicht sind, hat jener Einwand Kraft und Bedeutung: diesen würde man aber auch mit Grund entgegen setzen können, daß von ihnen manche Ausgaben geschehen, die, wenn sie hinwegfallen, auch wieder ihre Finanzen, und mit diesen die dem Staate nothwendige Institute in Aufnahme bringen werden. Und wie, (wäre jenes Argument wirklich so wichtig), hätten denn nur mit einiger Consequenz mehrere der Staaten bisher Berufungen in Criminalsachen zulassen, ja sogar eigne Criminalbehörden organisiren und bestellen können? Hat man hier nicht die Rücksicht auf den Kostenaufwand der Nützlichkeit eines zur Beförderung des Rechtes dienenden Institutes untergeordnet, und wenn zur Vollendung dieses Institutes ausser der bereits errichteten, noch eine weitere Berufungsinstanz erfoderlich seyn sollte, könnte der Staat eine solche neuere Instanz, dem neu zu machenden Kostenaufwande opfern?

Es kann dieses um so weniger seyn, als wenn wir eine dreyfache Instanz als nothwendig in Crimi-

nalsachen fodern, wir keineswegs ausser den in Civilsachen gewöhnlichen drey Instanzen noch eine andre respective vierte für Criminalfälle, wie es nach den obigen nothwendig zu seyn scheint, errichtet wissen wollen. Wir sind nämlich der Meinung, daß auch den Untergerichten die da die Untersuchung führen, gleichfalls wie in Civilsachen Erkenntniße zu fällen, gestattet seyn soll. Bereits hat dies schon Bambergs neuere peinliche Gesetzgebung, wiewohl nur in gewissen Fällen, da nämlich erlaubt, wo es sich von geringen Verbrechen, einer geringen, nicht bis zur Zuchthausstrafe sich erstreckenden Strafe handelt. Diese Befugniß würde ich ihnen in allen Fällen gestatten, und nur einzig an die Beschränkung binden, daß bey schweren Fällen, und sobald Zuchthausstrafe ausgesprochen ist, das Urtheil mit allen Akten dem höhern Gerichte zur Bestättigung oder Reformation eingeschickt werden müsse. Stellt sich der Inculpat mit diesem entweder bestättigenden oder reformirenden Urtheile nicht zufrieden, so steht ihm der Weg zur weitern, der dritten Instanz, noch immer geöffnet. Auf diese Weise würde aller Kostenaufwand für eine ausser den gewöhnlichen Civilinstanzen zu errichtende weitere oder vierte Instanz vermieden, aber zugleich auch sehr vieles für die Justizpflege gewonnen seyn. Es ist nämlich offenbar, daß wenn alle, auch die geringsten Criminalfälle nie von dem inquirirenden Untergerichte, sondern nur von der oberen Behörde der in Civilsachen bestehenden zweyten Instanz abgeurtheilt werden

dürfen, hieraus nicht nur eine unnöthige Multiplication, sondern auch Verzögerung der Geschäfte entstehen muß. Werden nämlich von dem Untergerichte dergleichen geringere Verbrechen abgeurtheilt, so bleibt die obere Behörde oder zweyte Instanz von hundert solchen Fällen verschont, diejenigen ausgenommen, wo bey der von dem Unterrichter ausgesprochenen Strafe, der Inculpat sich nicht beruhigt, sondern mittels Berufung, (denn diese wollen wir gegen derley unterrichterliche Erkenntniße nicht versagt wissen,) an die obere Behörde sich wendet. Setzt man entgegen, daß auf solche Weise die Geschäfte der Untergerichte dagegen vervielfältiget würden, so erinnere ich, daß nach einmal geführter Untersuchung, für den Unterrichter diese Abartheilung eines der geringsten Geschäften ist. Als Inquirent weiß er nach geschlossener Untersuchung auch alle ihre Resultate, und mit dem Beschlusse dieser ist ihm auch zugleich der Beschluß gegen den Verbrecher ohne weiteren Zeitverlust möglich. Nicht Gleiches kann von einer zweyten oder obern Behörde geschehen, wenn nach geschloßner Untersuchung erst die Akten an sie eingeschickt, und von ihr die Entscheidung geschehen soll. Abgesehen nämlich, daß diese erst die eingeschickten Akten, um ein Urtheil fällen zu können, durchzugehen hat, wird schon durch die Einschickung der Akten selbst, ihre Zu- und Ausstellung bey der Behörde Zeit verlohren, und da nicht selten die Delinquenten verhaftet sind, so gehet hiedurch nicht nur dem Staate, sondern auch jenen der Haft

unterworffnen durch jene nach den gewählten Prozeßgang unvermeidliche Zögerung kein geringer Schade zu.

Aber kann denn einem instruirenden Richter in Criminalsachen je auch eine Entscheidung, ein Erkenntniß zu fassen gestattet werden? Ich habe bereits oben schon selbst angeführt, was gewöhnlich hiegegen gesagt wird. Inzwischen kann ich nicht bergen, daß diese Gründe für mich nie das Gewicht erhielten, welches man gemeinhin auf dieselben legt. Was nämlich erstens die Bemerkung betrifft, daß bey begangenen Illegalitäten der instruirende Richter diese nicht leicht entdecken, oder wenn er sieauch entdeckt, ein Urtheil darauf zu fassen, nicht unterlassen werde, so erwidere ich, daß aus gleichem Grunde auch alle Entscheidung in Civilsachen ihm versagt werden könnte; oder wird vielleicht der Inquirent, der den Inquisiten immer vor Augen hat, zu sehr entweder für oder gegen ihn eingenommen, so daß manche solche Nebenrücksichten bey seiner Entscheidung sich einmischen? Mag seyn; aber seyd sicher, daß auch derjenige, welcher den Inquisiten persönlich mit seinem ganzen Wesen, nicht blos in Akten vor sich hat, der nicht blos sein dürres, ja oder nein, sondern in jeder Antwort desselben sein ganzes inneres Seyn und Selbst liest, Individualitäten, die unmöglich den Akten sich geben lassen, seyd sicher, sage ich, daß ein solcher Richter auch oft treffender, als andre von dem Verbrecher so entfernte Behörden sprechen und urtheilen wird. Sagt man: Criminalsachen seyen zu wichtig, als daß sie von einem einzel-

nen Individuum, dem inquirirenden Untergerichte, könnten abgeurtheilt werden, so steht zu erwidern, daß bey allen obigen von uns bemerkten geringern Fällen diese Wichtigkeit nicht eintritt, und für den Inquisiten durch die angestellte Berufung, so wie bey den wichtigern, da wo Zuchthausstrafe ausgesprochen ward, dadurch von uns gesorgt ist, daß in jedem solchen Falle das von dem Untergerichte gefaßte Erkenntniß immer zu der obern collegialisch besetzten Behörde, zur etwaigen Milderung oder Bestättigung einzuschicken ist. Wendet man ferner ein, daß schon von darum, weil in dem Inquisitionsprozesse, der Inquirent den Ankläger bildet, diesem ein Urtheil nicht erlaubt werden könne, so ist zu erinnern, daß nach diesem Grunde der ganze Untersuchungsprozeß abgeschaft werden müßte, und doch ist bekannt, mit welchen triftigen Gründen dieses Verfahren erst in neuern Zeiten wieder gerechtfertiget wurde. Ueberhaupt ist dieses eine Einwendung, die nur in so ferne gilt, als man die Sache nach bloßen Begriffen, denen aber nie die Erfahrung zusagt, abwiegt und würdiget.

Unsere Ideen über gegenwärtige Frage sind demnach: 1) daß der Instanzen drey in Criminalsachen zu belassen seyen; daß jedoch 2) der ersten Instanz, den eigentlichen Untergerichten, nur die geringern Criminalfälle, ohne Einschickung der Akten nebst Erkenntniße an die obere Behörde, zu entscheiden gestattet, aber 3) auch gegen diese Entscheidung in geringern Fällen den Inquisiten die Berufung an die obere

Behörde unbenommen, so wie 4) gegen jedes von der untern und 2ten Instanz gefälltes oder bestättigtes Erkenntniß die Appellation auch zu einer dritten Instanz gestattet seyn soll.

Bereits war, wie wir in der Vorrede bemerkten, diese Abhandlung 1807 gefertigt, und zum Drucke bereit. Da nun während dieser Zeit im Jahre 1809 von der königl. bayerischen Regierung über Appellationen in Criminalsachen eine Verordnung publicirt wurde; so erlauben wir uns über diese, in vieler Hinsicht musterhafte, und das Talent ihres Urhebers von neuem beurkundenden Verordnung einige Bemerkungen, was in der Abhandlung unmöglich war, nebst dieser Verordnung selbst anzuführen:

„Wir Maximilian Joseph,
von Gottes Gnaden König von Baiern.

Da die Anordnung einer zweiten Instanz in Criminal-Sachen bey Unserm Appellations-Gerichte gesetzlichen Bestimmungen über die Rechtsmittel gegen Criminal-Erkenntniße, sowohl für diejenigen Gebietstheile unsers Reiches, wo bisher keine devolutiven Rechtsmittel gestattet waren, als auch für diejenigen nothwendig geworden sind, wo durch Veränderung der dreifachen Instanzen-Ordnung in eine zweyfache, die bisher darüber bestandenen Gesetze ihre Anwendbarkeit größtentheils verlohren haben; so finden Wir Uns bewogen, bis zur Herstellung einer allgemeinen voll-

ständigen Gesetzgebung über den Criminal-Prozeß folgendes provisorisch zu verordnen:

I. Allgemeine Bestimmungen.

§. 1. Die devolutiven und suspensiven Rechtsmittel gegen ein Straferkenntniß sind von doppelter Art:

Das Rechtsmittel der Revision,
und das Rechtsmittel der Appellation.

Jene erfordert die Einwendung des Rechtsmitteis von Seite der Angeschuldigten nicht; sondern die verhandelten Akten werden sammt dem Urtheilsspruche durch das in erster Instanz erkennende Appellations-Gericht von Amtswegen eingesendet, selbst wenn der Angeschuldigte ausdrücklich und freywillig auf die zweyte Instanz Verzicht leisten sollte.

Die Appellation hingegen findet nur statt auf Verlangen des Verurtheilten, und nachdem dieselbe in gesetzlich bestimmter Zeit eingewendet worden ist.

§. 2. Jedem von Unseren Gerichtshöfen in Strafsachen gesprochenen Erkenntnisse sollen die Entscheidungs-Gründe beygefügt werden.

Diese sollen nicht in das Urtheil selbst eingeflochten, sondern abgesondert dargestellt seyn.

Sie sollen in bündiger Vollständigkeit die Geschichte des der Beurtheilung vorliegenden Falles, und ausserdem alle die Entscheidung bestimmenden formellen und materiellen Gründe genau entwickeln.

II. Wann die Revision oder Appellation statt findet.

§. 3. Die Revision findet nur in folgenden Fällen statt:

1) wenn die erste Instanz auf Todesstrafe oder

2) auf zwanzigjährigen Verlust der Freyheit oder darüber erkannt hat;

3) wenn der Angeschuldigte ohne Bekenntniß und ohne vollkommenen nicht künstlichen Beweis auf das bloße Zusammentreffen der Umstände (aus Indicien) zu einer mehr als sechs monatlichen Freyheits-Strafe verurtheilt worden ist.

§. 4. In andern, als den im vorhergehenden §. angegebenen Fällen kommt nur die Appellation in Anwendung.

§. 5. Doch ist auch die Appellation in folgenden Fällen nicht zulässig:

1) Wenn auf bloßen Verweis, oder

2) auf eine Vermögens-Strafe, welche die in Zivil-Sachen bestimmte Appellations-Summe nicht übersteigt, oder

3) gegen einen Ausländer auf die Landes-Verweisung anerkannt worden ist.

§. 6. Wenn aber in den Fällen des vorhergehenden §s der Angeschuldigte oder Verurtheilte sich gegen das ihm bekannt gemachte Erkenntniß auf neue Umstände oder erhebliche Beweismittel beruft, welche

bisher in den Akten nicht vorgekommen sind, so ist er damit zu hören, und sodann nach gemachten Ersetzungen von derselben Instanz von neuem zu erkennen.

III. Von der Appellation insbesondere.

1. Von Einwendung derselben.

§. 7. Bey Bekanntmachung eines Urtheils, wogegen Appellation zulässig ist, soll der Verurtheilte von dem Richter befragt werden:

ob er bey dem Urtheile sich beruhigen, oder sich dagegen des ihm von dem Gesetze verstatteten Rechtsmittels der Berufung an das Oberappellations-Gericht bedienen wolle?

Diese dem Verurtheilten vorgelegte Frage, und dessen darauf gegebene Antwort ist in dem Protokolle über die Bekanntmachung des Erkenntnißes getreu und umständlich zu bemerken.

§. 8. Erklärt der Verurtheilte in dem Verkündigungs-Termine, daß er sich des ihm verstatteten Rechtsmittels bedienen wolle, so ist sogleich von dem Richter dasjenige zu beobachten, was in den §§. 12 — 18. über die Ausführung der Appellation verordnet ist.

§. 9. Wenn aber der Verurtheilte in dem Verkündigungs-Termine eine Bedenkzeit verlangt, oder dem Rechtsmittel, entsagt, so ist ihm eine Frist von vier Tagen zur weiteren Erklärung und zur allenfallsigen Ausführung der Appellation zu gestatten.

§. 10. Wenn der Verurtheilte in dem auf den fünften Tag nach der Urtheils-Verkündigung anbe-

raumten Gerichts-Termine dem Rechtsmittel entsagt, oder, falls er in Freyheit seyn sollte, weder in Person, noch durch einen Bevollmächtigten erscheint, auch keine der im §. 11. benannten Personen für ihn auftritt, so ist mit der Vollstreckung des Urtheils ohne weiters zu verfahren; ausgenommen:

1) Wenn der Angeschuldigte, oder eine der im 11. §. benannten Personen auf der Stelle darzuthun im Stande wäre, daß durch unvermeidliche unverschuldete Umstände es unmöglich geworden sey, dem richterlichen Befehle zu genügen, oder

2) wenn dem Gerichte solche erhebliche neue Thatumstände oder Beweismittel vorgelegt werden, welche den Grund des erlassenen Erkenntnißes ganz verändern.

§. 11. Vor Ablaufe der §. 9. und 10. bestimmten Frist darf die Appellation eingewendet werden, nicht bloß von dem Verurtheilten selbst, sondern auch

1) von dessen Vormunde;

2) von dessen Ehegatten;

3) von dessen Verwandten in auf- und absteigender Linie;

4) von dessen Bruder oder Schwester.

Nach abgelaufener Frist hat die Einwendung der Appellation von Seite der zuletzt genannten Personen nicht statt, ausser in den §. 10. Ausnahmsweise bestimmten Fällen, und wenn die Vollziehung der Strafe noch nicht ihren Anfang genommen hat.

2. Von der Ausführung der Appellation.

§. 12. Wenn der Verurtheilte das Rechtsmittel ergriffen hat, so ist derselbe von dem Richter zu befragen:

1) Ob er neue Thatsachen oder Beweismittel zu seinem Vortheile namhaft machen könne?

2) ob er von aller Strafbarkeit frey zu seyn behaupte, oder ob er nur auf Milderung der Strafe den Antrag machen wolle? und aus welchen Gründen?

Wenn der Gefangene auf bloße Milderung der Strafe seinen Antrag richtet, und auf eine Strafe an der Freyheit erkannt worden ist, so ist er weiter zu befragen:

3) ob er mit Vorbehalt seines Rechts auf die Entscheidung zweyter Instanz einsweilen seine Strafe antreten, oder in seinem gegenwärtigen Zustande das zweyte Erkenntniß abwarten wolle?

§. 13. Erklärt sich der Verurtheilte auf die ihm vorgelegte dritte Frage zur Antretung der Strafe bereit, so hat dieses die Folge, daß er sogleich in den Strafort verschaft, die Strafzeit aber, es werde das erste Urtheil in zweyter Instanz bestättiget, oder gemildert, von dem Tage der Verkündigung des ersten Urtheils an gerechnet wird.

Verweigert aber der Appellant die einsweilige Antretung der Strafe, und wird das erste Erkenntniß von zweyter Instanz bestätiget, so ist die Strafzeit erst vom Tage der Verkündigung des zweyten Erkenntnißes an zu rechnen.

Eine mit der Freyheitsstrafe verbundene körperliche Züchtigung bleibt stets bis auf erfolgtes zweytes Erkenntniß ausgesetzt.

§. 14. Bey Vorlegung der §. 12. bemerkten dritten Frage soll der Richter dem Verurtheilten die Folgen seiner Wahl deutlich erklären, und daß dieses geschehen, wie auch alles übrige, was in diesem Termine von Amtswegen geschieht, oder von dem Appellanten erklärt wird, treu und vollständig zum Protokoll verzeichnen lassen.

§. 15. Beruft sich der Appellant auf neue, bisher in den Akten nicht vorgekommene Umstände oder Beweismittel, so hat der Inquirent Alles, was zur Ausmittlung und Herstellung derselben dient, unverzüglich zu den Akten zu bringen.

Ganz unerhebliche Ersetzungen ist zwar der Inquirent zu verwerfen befugt; doch soll genau zum Protokoll verzeichnet werden, nicht nur auf welche Ersetzungen sich der Appellant berufen hat, sondern auch aus welchen Gründen dieselben als unerheblich verworfen worden sind.

§. 16. Erbietet sich der Appellant zur schriftlichen Ausführung seiner Gründe wider das beschwerende Erkenntniß, so ist ihm dazu eine höchstens achttägige Frist zu gestatten.

In denjenigen Gebiets-Theilen Unseres Reiches, wo besondere Vertheidiger vor oder zugleich nach erstem Erkenntniße dem Delinquenten gestattet sind, sollen

diese auch fernerhin gemäß der deshalb vorhandenen Verordnungen zugelassen werden. Doch sind Unsere Richter verpflichtet, mit aller Strenge darauf zu halten, daß nicht durch Saumseligkeit oder Chikane der Defensoren die Beendigung des Prozesses zwecklos verzögert werde.

IV. Von Inrotulation und Einsendung der Akten.

§. 17. Nach Berichtigung alles dessen, was zur Ausführung der Appellation gehört, sollen sämmtliche Akten von der inquirirenden Behörde inrotulirt, und unverzüglich an das betreffende Appellations-Gericht, von diesem aber schleunigst an das Ober-Appellations-Gericht einbefördert werden.

Sowohl im Falle der Revision, als Appellation sind von den Appellations-Gerichten nicht nur die Untersuchungs-Akten, sondern auch die Appellations-Gerichts-Akten, mit der Re- und Correlation zum Ober-Appellations-Gerichte einzusenden.

V. Von dem Erkenntniße zweyter Instanz, und den Befugnißen des Ober-Appellations-Gerichts.

§. 18. Das Ober-Appellations-Gericht hat nicht die Macht, das Urtheil erster Instanz zu verschärfen, sondern nur entweder zu bestätigen, oder zum Vortheile des Untersuchten abzuändern.

Dasselbe hat die Macht, bey vorhandenen Nichtigkeiten das ganze erste Verfahren oder einzelne Gerichtshandlungen, worauf in erster Instanz nicht gesprochen worden, zu kassiren, oder sonstige Fehler des Verfahrens an den ihm untergebenen Behörden zu rügen.

Desgleichen ist dasselbe bemächtiget, bey entdeckten Lücken in der Untersuchung, welche auf die Entscheidung zum Vortheile des Inquisiten Einfluß haben können, die erfoderlichen Ersetzungen anzubefehlen.

§. 19. Wird das erste Verfahren kassirt, so muß die Untersuchung oder der als nichtig erklärte Theil derselben von neuem geführt, und ein neues Erkenntniß iu erster Instanz gefällt werden.

Dabey steht es in der Macht des Ober-Appellations-Gerichts, sowohl die Inquisition einer andern inquirirenden Behörde zu übertragen, als auch ein anderes Appellations-Gericht zum Spruche erster Instanz zu benennen.

§. 20. Gegen das bestätigende oder abändernde Erkenntniß der zweyten Instanz steht kein weiteres suspensives Rechtsmittel offen.

§. 21. Die von dem Ober-Appellations-Gerichte bestätigten Todesurtheile sollen der allerhöchsten Stelle, wie bisher, zur Bestätigung eingesendet werden.

§. 22. Desgleichen hat es bey denjenigen Gesetzen, welche wegen der etwa vorgängig zu verfügenden Degradation oder sonstigen Regierungs-Maßregeln

bey gewissen Klassen von Personen die Anzeige erkannter Straf-Urtheile an die allerhöchste Stelle vor der Vollstreckung verordnen, sein Bewenden.

München, den 31. Dezember 1808.“

Die gegenwärtige Verordnung unterscheidet, wie man sieht, zwischen Revision und Appellation. Jene soll, wenn auf Todesstrafe, auf zwanzigjährigen Verlust der Freyheit, oder auf eine mehr als 6monatliche Gefängnißstrafe aus Indicien erkannt wurde, und zwar ex officio vorgenommen werden. Niemand wird die Weisheit in dieser Verordnung verkennen. Da nämlich die Gesetzgebung voraussehen kann, daß es nicht selten Fälle geben wird, wo ein zum Tode oder zu einer so andauernden Freyheitsstrafe Condemniter, die Berufung nicht ergreifen wird, dennoch aber es möglich ist, daß das von der erstern Instanz ausgesprochene Urtheil rechtlich nicht besteht, oder eine Milderung verdient, so muß sie für solche Fälle auf ein Mittel, wo einem dergleichen Unrechte abgeholfen werden kann, bedacht seyn. Dergleichen Fälle sind nämlich viel zu wichtig, die Strafen zu bedeutend, als daß der Staat das ganze Schicksal des Condemnirten dem Urtheile einer einzigen Instanz sollte anheimstellen. Wahr bleibt es inzwischen, daß eine solche Verordnung mehr auf Rücksichten der Humanität und Pflichten des Gewissens sich stütze, die der Regent, will er sich als ein durchaus gerechter, niemand zu nahe tretender Richter, keine Vorwürfe zuzie-

hen, nur auf diese Weise erfüllen kann. Nach stren gem Rechte würde der Inquisit nie eine solche Revision von dem Staate verlangen können; aber dieses ist es auch nicht einzig, welches, wie wir schon hin und wieder bemerkten, den Staat leiten und bestimmen soll. Auch wir haben bereits, da, wo wir von gewissen wichtigern Straferkenntnißen der Untergerichte redeten einer Revision das Wort gesprochen.

Aber wie, verwickeln wir uns nicht in Widersprüche, wenn wir der nach dieser Verordnung von Amtswegen vorzunehmenden Revision unsern Beyfall geben, wir, die wir vorher gegen Gönner, da wo er von einer solchen Revision ex officio sprach, in der Einleitung zu unsrer Abhandlung so vieles einzuwenden fanden? Keineswegs; nur der, welcher den ganzen Gesichtspunkt jener Bemerkungen verlohren hätte, könnte uns einen solchen Vorwurf machen. Dort haben wir nämlich diese Revision nicht unmittelbar als eine durchaus unzulässige Anstalt, sondern nur in so ferne angegriffen, als Gönner dieselbe mit Verwerfung aller Appellation als einzig in Criminalsachen bedeutungsvolle Idee geltend machen wollte. Wäre sie dieses, so müßte, sagten wir, Gönner nothwendig in jeder Criminalsache, wollte er sich consequent bleiben, diese Revision zulassen, und ließ er sie nicht zu, gestattete er sie nur in wichtigern Fällen, so müßte er in dem andern Falle entweder den Condemnirten ganz hülflos lassen, oder Appellationen gestatten; letzteres kann er nicht, da er Appellationen

als schlechthin verwerflich aussprach, und Ersteres würde Tyranney seyn.

Nur so also sind unsere obige Bemerkungen zu nehmen und zu begreifen. Wendet mir nicht ein, daß wenn ich nur einmal die Revision von Amtswegen als zuläßig anerkenne, ich eben damit auch ganz die Grundsätze Gönners als richtig anerkennen müsse; denn ich behaupte, daß mit dem ersten Urtheilsspruch die ganze Pflicht und das Amt des Staates, oder das was er ex officio zu thun hat, geendigt und geschlossen ist, daß nie rechtliche, sondern blos ethische, oder Gründe der Humanität ihn zu weiteren Recherchen und Revisionen auffodern.

Ist diesem so, und kann eine Revision von Amtswegen in Criminalsachen zuläßig seyn, so rathen es mehrere Gründe, diese lediglich auf äußerst wichtige Fälle einzuschränken. Wollte man nämlich sie alle einer solchen Revision unterstellen, so würde es für das Oberappellationsgericht unmöglich seyn, Zeit genug für dergleichen Entscheidungen zu finden, indem dasselbe auch in Civilsachen zu sprechen hat, und diese Erkenntniße, so wie die Fassung der übrigen, welche wegen ergriffener Berufung in Criminalsachen zu erlassen sind, dieses Gericht schon hinreichend beschäftigen. Ein eigenes Gericht zu dergleichen Revisionen, als eigentliches Revisionsgericht, für dergleichen Fälle zu constituiren, würde dem Staate einen bedeutenden Kostenaufwand verursachen, und eine oben von uns bemerkte Inconsequenz herbeyrufen, diese nämlich,

daß nunmehr das Oberappellationsgericht, als einzig eingeschränkt auf Entscheidung von Civilfällen, für Criminalsachen eine ganz todte Gerichtsstelle seyn würde, daß neben ihr noch ein anderes, gleichfalls oberstes Gericht, in Criminalsachen nämlich, coexistirte. Offenbar giebt es aber auch keinen Grund, der den Staat zur Ausdehnung einer solchen Revision auf alle Fälle vermüßigen könnte. Genug, wenn der Staat in den minder wichtigen Fällen die Appellation gestattet.

Was nun die in der Verordnung angegebene Revisionsfälle betrifft, so wird gegen den ersten und zweyten nicht so leicht etwas eingewendet werden können, wohl aber eher gegen den dritten. Der Grund weswegen eine auf Indicien gegründete sechsmonatliche Gefängnißstrafe der Revision unterliegen soll; ist entschieden darin zu finden, weil Indicien leicht trüglich und die darauf gebauten Urtheile, schlüpfrige Urtheile sind. Inzwischen wenn diesem gleich so ist, wenn hier gleich der Richter leichter sich täuschen kann, so möchte doch darin, daß schon bey einer sechsmonatlichen Gefängnißstrafe die Revision eintreten soll, eine zu große Gelindigkeit liegen. Der zur siebzehn- zur achtzehn- zur neunzehnjährigen Gefängnißstrafe Verurtheilte, hat sich der Revision nicht zu erfreuen, weil sein Urtheil auf natürlichen Beweis gebaut ist, dagegen soll der, dessen Spruch auf künstlichen Beweis sich gründet, schon bey einer geringen, der sechsmonatlichen Gefängnißstrafe, der Revision sich zu erfreuen haben. Ist der Unterschied zwischen beyden Beweisarten so

bedeutend, daß er über den Verlust der Freyheit eines Menschen auf ein Drittheil oft die Hälfte seines Lebens zu entscheiden hat? Die Größe der Strafe war in den zwey erstern Fällen der Grund, weswegen man die Revision zuließ; ist nun der innere Unterschied der Beweisarten so bedeutend, daß man schon bey geringern Freyheitsstrafen die Revision gestatten kann? Ein obwohl auf natürlichen Beweis gestütztes Urtheil zur 18, oder 19jährigen Gefängnißstrafe, kann leicht den Condemnirten um ein oder mehrere Jahre beschweret haben. Bey dem auf künstlichen Beweis gebauten Strafurtheile, ist und kann dies nie der Fall seyn. Und sind gleich Indicien trüglich und schlüpfrig, sprechen sie doch auch den Menschen selbst den gemeinsten so kräftig und lebendig an, daß selbst der größte Scharfsinn gegen sie nichts zu erinnern weiß, und es kann demnach, wenn gleich auf diese qualitative Verschiedenheit der Beweise ein Gewicht gelegt werden will, nie der äussere Gesichtspunkt, der der Größe der Strafe, so hintangesetzt werden. Jene, wenn ich so sagen darf, innere Differenz der Beweismittel, wiegt die äussere der Strafe nie in der Art auf, daß Menschen zur 16 oder 19jährigen Gefängnißstrafe verurtheilt, jenen die nur zu 6 Monaten verurtheilt wurden, jenes inneren Unterschiedes wegen nicht gleich stehen sollten; oder umgekehrt, es ist nothwendig daß auch bey jenen künstlichen Beweisen eine größere als die 6 monatliche Gefängnißstrafe zur Revision nothwendig erachtet werde. Bey einer Strafe dieser Art mag dem Verurtheilten,

wenn er sich beschwert glaubt, die Berufung gestattet werden. Nur bey eigentlichen Strafarbeitshausstrafen, nicht jeder Gefängnißstrafe überhaupt, würde sich bey diesen die Revision in dem Falle zulassen, wenn auf einige Jahre erkannt ist.

Ausser diesen von der Verordnung angeführten drey Fällen, wird nun von derselben, in allen übrigen das Rechtsmittel der Berufung gestattet; doch sind auch hier, wie wir aus dem §. 5. ersehen, einige Fälle ausgenommen. Der zweyte dieser Dispositionen stimmt ganz mit dem überein, was wir oben S. 41 u. 42 angeführt, und erörtert haben; nur glauben wir, daß, wie von uns geschehen ist, zugleich hätte bemerkt werden sollen, daß auch Gefängnißstrafen, in so ferne sie den Vermögensstrafen gleich gestellt werden, und hier die Raison, wie bey der Vermögensstrafe Nro. 2. eintritt, gleichfalls zu einer Appellation nicht berechtigen sollen. Man denke sich, daß von der Gesetzgebung auf ein gewisses Verbrechen eine Geld- oder Gefängnißstrafe gesetzt ist; nun verurtheilt der Richter einen der Theilnehmer zu einer Geldstrafe von zwanzig Thalern, den andern aber der vermögenslos, nicht zahlen kann, zu einer 4 oder 5 tägigen Gefängnißstrafe, so ist klar, daß auch dieser, obgleich zur Gefängnißstrafe verurtheilt, so wie der Erstere zu appelliren nicht befugt sey. Ob nun gleich nach Grundsätzen der logischen Interpretation der Richter diesen letztern Fall den in Nro. 2. bemerkten mit unterstellen muß, so würde doch eine ausdrückliche Aufnahme

dieses Falles um so mehr zweckmäßig gewesen seyn, als nach der erläuternden Verordnung vom 26. Juny 1810.*) die Berufung bey jeder Gefängnißstrafe als zulässig erscheint. Eben so glauben wir, daß, wie von uns oben erörtert wurde, bey Vermögensstrafen unter der gewöhnlichen Appellationssumme, oder bey ihren Surrogaten den Gefängnißstrafen oder körperlichen Züchtigungen, der Condemnirte sodann zu appelliren befugt sey, wenn er gegen die Verurtheilung überhaupt, oder darüber, daß man ihn als Verbrecher proclamirt habe, sich beschweren will. Wir haben die Gründe, die uns zu dieser Behauptung vermochten, oben weitläufiger angegeben, und bemerken nur noch, daß, wenn nach der vorliegenden Verordnung Berufungen gegen Lossprechungen von der Instanz statt finden, auch unser Fall als unter den gewöhnlichen Appellationsfällen dieser Verordnung begriffen gedacht werden müsse.

---

*) Hier heißt es:

§. 3. In dem Falle, wo der Inquisit zu einer Gefängnißstrafe verurtheilt ist, und sich bey Eröffnung des Urtheils sogleich erklärt, diese Strafe anzutreten, ist ihm zwar die gewöhnliche Bedenkzeit, ob er appelliren wolle oder nicht, vorzusetzen, doch soll ihm dieselbe von seiner auszuhaltenden Strafzeit wieder abgerechnet werden.

§. 4. Wenn ein Inquisit zu einer blos bürgerlichen Züchtigung oder Gefängnißstrafe unter 6 Monaten verurtheilt ist ꝛc.

Was nun die zwey übrigen von der Berufung ausgenommenen Fälle betrifft, so bemerken wir, und zwar

ad 1) daß wir in eine Verordnung über Criminalsachen diesen Fall nie aufnehmen würden; denn mag es zwar seyn, daß ein Verweis bey Gelegenheit eines Criminalfalles vorkommen, oder jemanden gegeben werden kann, so ist doch ein Verweis selbst nie etwas Criminelles, und nur Fälle die diese Qualität an sich tragen, eignen sich in eine Verordnung über Criminalsachen aufgenommen zu werden.

2) Auch von dieser Ausnahme sehe ich keinen zureichenden Grund ein. Es ist zwar richtig, nie hat ein Ausländer ein Recht zu einem permanenten Aufenthalt in dem fremden Staate, und kann nach dieser Rücksicht der Staat zu jeder Zeit einem solchen auch ohne begangenes Verbrechen den Aufenthalt untersagen, so muß er um so mehr, einem eines Verbrechens wegen zur Landesverweisung condemnirten Ausländer, die Berufung versagen können. Die Berufung soll ja lediglich zum Zwecke haben, daß die Landesverweisung als zuerkannte Strafe aufgehoben oder gemildert, und ihre Dauer beschränkt werde. Wenn nun aber der Staat ohngeachtet dessen, daß dies geschähe, den Appellanten nachher, vermöge seines Rechtes jedem Ausländer den Aufenthalt in seine Staaten zu jeder Zeit zu untersagen, dimittiren kann, würde diese Appellation nicht eine ganz zwecklose, und eben damit die Erlaubniß hiezu eine ganz unnütze seyn?

Allein erstens, würde dieses Raisonement mehr die Unstatthaftigkeit der Landesverweisung für Ausländer als Strafe, als die Unstatthaftigkeit der Berufung gegen erkannte Landesverweisungen darthun. Zweytens, ist ja der Fall möglich, daß der Condemnirte nicht sowohl gegen die erkannte Strafe der Landesverweisung, sondern vielmehr deßwegen, daß nur überhaupt auf eine Strafe erkannt worden sey, die Berufung ergreifen will. Sollte auch hier die Berufung unzulässig seyn? Mag gleich der Staat ihn nachher und bey aufgehobener Strafe dimittiren, ihm liegt daran, daß er nicht als Verbrecher dimittirt wird. Ja selbst sodann, wenn dieser Fall nach der Verordnung, wie wir aus gleichen Gründen, wie oben bey unseren Bemerkungen ad Nro. 2. dieser Verordnung, glauben müssen, unter die Ausnahmen nicht gehören sollte, glauben wir, daß dennoch die Berufung gegen die erkannte Landesverweisung, auch wenn lediglich auf Milderung oder Beschränkung ihrer Dauer angetragen würde, zuzulassen sey. Nach dem §. 6. der Verordnung soll nämlich der Angeschuldigte, wenn derselbe neue, bey dem ersten Erkenntniße noch nicht bekannte Umstände und erhebliche Beweismittel beybringt, damit gehört, und hierauf neuerlich von dem Richter derselben Instanz erkannt werden. Gesetzt nun, daß die Umstände die der Inculpat vorbringt, zwar nicht von der Art sind, daß sie die erkannte Landesverweisung ganz aufheben, jedoch wenn sie als wahr befunden werden, ihre Dauer beschrän-

ken, kann nun der Inculpat damit ganz abgewiesen werden? Unmöglich! weil nach dem §. 10. Absatz 2. nur ganz unerhebliche Umstände verworfen werden sollen. Ist aber dieses, und muß nun der erste Richter auf dem Grunde der neueren Umstände, das erste Urtheil mildern, so sehe ich nicht ein, warum eine Berufung, wo lediglich auf Milderung oder Beschränkung der erkannten Landesverweisung angetragen wird, durchaus unzulässig seyn soll. Ueberhaupt scheint es mir mit den Ideen des Rechts und der Billigkeit unvereinbar, daß wenn einmal von einer Gesetzgebung ein gewisses Mittel als Strafe, folglich als Uebel für einen Angeschuldigten, ausgesprochen ist, diesem die Berufung hiegegen versagt werden will. Auf jeden Fall kann dies nach dem Geiste der gegebenen Legislation, die dieses Uebel als Strafe bestimmt hat, nicht geschehen.

Was nun die in der Verordnung bestimmten Fristen zur Einlegung und Ausführung der Berufung, so wie die andern hiebey vorkommenden Bestimmungen betrifft, so wird niemand die Zweckmäßigkeit derselben verkennen können. Nur einige Bemerkungen sind es, die wir uns gegen ein oder die andre Bestimmung zu machen erlauben: wenn nämlich dem Verurtheilten der bey dem Verkündungs- oder Bedenk-Termine die Berufung ergreift, nur eine achttägige Bedenkzeit gestattet wird, um die Berufung schriftlich auszuführen, so scheint uns dieser Termin nicht auf alle Fälle, wie wir schon oben erinnerten, andwendbar.

Wie auch von uns oben geschehen ist, will die Verordnung, daß der Termin von dem Richter bestimmt werde; indessen soll nach ihr dieser Termin höchstens nur auf 8 Tage festgesetzt werden.*) Eine solche schriftliche Ausführung ist aber bey complicirten Fällen, und wo mehrere Theilhaber sind, für den Defensor schon, noch mehr aber, wenn ein solcher vorher nicht vorhanden war, für andere, binnen einer solchen Frist unmöglich; besser also, wenn dieser Termin nach Beschaffenheit der Sache von dem Gerichte, das da sprach oder instruirte, auch auf längere Zeit prolongirt werden kann. Es entsteht auch hiedurch nicht der geringste Nachtheil, oder Zeitverlust, indem nach eingenommener Einsicht von Seite des Anwaltes des Inculpaten, oder des sonst bey dem Urtheile Interessirten, sogleich die Akten an die obere Behörde eingeschickt, und diese inzwischen von dem Referenten bis zur Einlangung der schriftlichen Berufung durchlesen werden können.

Nach §. 13. der Verordnung unter der gedachten Rubrik soll die Strafzeit, wenn einer die Strafe während ergriffener, auf Milderung antragender Berufung, wie z. B. bey Gefängnißstrafen, angetreten hat, von dem Verkündigungstermine des ersten Erkenntnißes, und wenn er sie nicht antrat, von dem Publicationstermin des Oberappellationsgerichtsurtheiles an gerechnet werden. Hier entstehen zwey Fragen: erstens ist es zweckmäsig, bey ergriffener obwohl nur auf Mil-

*) §. 16. der Rubrik von Ausführung der Appellation.

derung antragender Berufung, dem Condemnirten einstweilen seine Strafe antreten zu lassen? zweytens, wann ist die Strafzeit bey Revisionen an zu rechnen? Wenn die Verordnung bey ergriffener Berufung der vorerwähnten Art dem Condemnirten einstweilen seine Strafe antreten läßt, so setzt sie offenbar voraus, daß das Oberappellationsgericht lediglich die Strafe, worauf der Appellant antrug, mildern, nicht aber die Strafe ganz aufheben könne — Quatenus appellatum est, ist das Princip, von welchem sie bey der Zulassung der inzwischen geschehenden Antretung der Strafe ausgeht; ausserdem, und wenn auch die Strafe ganz aufgehoben werden könnte, würde diese zugelassene einstweilige Antretung der Strafe kaum erklärlich seyn. Und dennoch ist es begreiflich, daß es auch Fälle hin und wieder geben kann, wo z. B. wegen eines die Zurechnung aufhebenden, von dem ersten Gerichte nicht berücksichtigten und erhobenen Umstandes, der nach geschehener Ersetzung als wahr sich darlegt, die ganze Strafe, ungeachtet der unwissende Inquisit nur auf Milderung der Strafe angetragen und seine Strafe inzwischen angetreten hat, aufgehoben werden kann. Eben so wird niemand läugnen, daß, wenn der Condemnirte in der schriftlichen Berufungsausführung auf Verwandlung der ihm zuerkannten 8jährigen in 6jährige Strafarbeitshausstrafe antragen sollte, der Oberrichter dieses Antrages ungeachtet, noch auf eine geringere, etwa eine 4jährige Strafe dieser Art erkennen könne. Demnach, so scheint es, könne nie die einstweilige

Antretung der Strafe dem Condemnirten mit einiger Consequenz gestattet werden, und wenn dies die Verordnung erlaubt, auch diese nicht gerechtfertiget werden. Genauer die Sache, und nach dem ihr zu Grund liegenden Prinzip betrachtet, verhält sich dieses auch wirklich so. Wenn nämlich die Strafe, obgleich das Gesuch hierauf nicht, sondern nur auf Milderung gestellt ist, erforderlichen Falls auch aufgehoben werden kann, so ist die Gestattung einer einstweiligen Antretung der Strafe wohl nicht füglich denkbar. Diese Gestattung stützt sich darauf, daß der Condemnirte nur wegen der Größe der Strafe sich beschwert, nicht eine gänzliche Aufhebung derselben will, demnach auch einstweilen diese, nach dem Grundsatze: worüber nicht appellirt ist, dieß kann auch vollzogen werden, antreten kann. Allein dieser Grundsatz wird durch die dem Oberrichter gestattete Befugniß, die Strafe nach Befund der Sache selbst aufheben zu können, vernichtet, folglich sollte die einstweilige Antretung der Strafe nie gestattet werden. Inzwischen so wahr dieses nach der bisherigen Ausführung ist und so gewiß jene Gestattung nicht zulässig erscheint, so treten doch wieder Rücksichten ein, die sie mit der Gesetzgebung versöhnen. Es ist nämlich möglich, daß bey einer Berufung, wo lediglich auf Milderung der Strafe angetragen wird, die Strafe ganz aufgehoben werden kann, es ist aber auch möglich, daß das Gegentheil, die blose Milderung, erfolgt. Da nun der Erfahrung nach dieß der öftere, ersteres nur ein seltener Fall ist, so würde es

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

eine drückende Verordnung einer Gesetzgebung, ja selbst eine Inconsequenz seyn, wenn man jenem, der nur auf Milderung anträgt, und einstweilen seine Strafe antreten will, diese Antretung nicht gestatten wollte. Dadurch gewinnt er den Vortheil, daß, wenn etwa das vorige Erkenntniß sollte bestätigt oder auch gemildert werden, ein Theil seiner Strafzeit bey Eröffnung des zweyten Urtheils bereits erstanden ist, wo hingegen, wenn diese einstweilige Antretung nicht erlaubt wäre, erst von dem Tage der Eröffnung des zweyten Urtheils an, seine Strafzeit zu laufen anfangen, und er somit durch Schuld der Gesetzgebung auf längere Dauer seiner Freyheit beraubt würde. Nur ein einziges Mittel ließe sich denken, wo obige Inconsequenz könnte gehoben werden, ohne das Schicksal des Condemnirten durch die längere Dauer des Freyheitsverlustes zu verschlimmern, wenn nämlich der vom Eröffnungstage des ersten Urtheils bis zu jenem des zweyten erstandene Arrest immer poenae loco in dem zweyten Erkenntniße mit ausgesprochen würde. Allein da ein solcher Arrest doch als eigentliche Strafe nicht betrachtet werden kann, auch für mehrere Straffälle, z. B. den Zuchthausstrafen, kein wahres Surrogat ist, so sieht man, daß diesem Vorschlag mehrere Schwierigkeiten, als der gestatteten einstweiligen Antretung der Strafe entgegenstehen. Nicht unberührt kann ich inzwischen lassen, daß es nicht abzusehen sey, daß die Strafzeit nach §. 13. von dem Tage der Verkündigung des Urtheils schon zu laufen anfangen

soll. Die Publication ist noch keine Execution der Strafen, so wenig es in dem vorbemerkten Falle der Arrest ist; erst von dem Tage an, wo der Condemnirte in den Strafort wirklich eingebracht ist, kann dessen Strafzeit gerechnet werden. Es mag seyn, daß bey letzterer Bestimmung es oft vom Zufalle abhängt, daß ein Inculpat einige Täge eher als der andere zur Antretung seiner Strafe kommt, wie wenn der eine an einem Orte detinirt ist, wo sich zugleich ein Strafarbeitshaus, zu welchem er verurtheilt ist, befindet, nicht so der andere, bey welchem es vielleicht des Transportes eines oder des andern Tages bedarf, um ihn an das Strafort zu bringen. Allein dieser Zufall kann begreiflich nichts entscheiden, und ohnehin ist es klar, daß der Transport an den Strafort noch nicht dem wirklichen Aufenthalte in demselben gleich gestellt werden kann.

Was nun die Berechnung der Strafzeit bey Revisionen betrifft, so ist hierüber in der Verordnung nichts enthalten. Inzwischen ist es begreiflich, daß, da in dergleichen Fällen nach dem in der ersten Instanz gefaßten Erkenntniße die Akten sogleich an das Oberappellationsgericht von Amtswegen eingeschickt werden müssen, die Strafzeit erst vom Tage des publicirten, entweder bestätigenden oder reformirenden Oberappellationsgerichtserkenntnißes im Sinne der Verordnung an gerechnet werden könne. Wirklich geschieht dies auch so von den Gerichten in allen Fällen.

Wir haben schon oben gegen Gönner bemerkt, daß es drückend für den Angeschuldigten sey, wenn ihm durch das Urtheil einer zweyten Instanz, worauf er vielleicht ausdrücklich und in der Ueberzeugung, seine Strafe könne nicht gemildert werden, verzichtete, ein längerer Arrest, und mit diesem mehrere Kösten zugezogen werden. Eben so nun die vorliegende Verordnung, insoferne erst die Strafzeit vom Tage des eröffneten Revisionserkenntnißes an berechnet werden soll. Zwar wird man mir sagen, daß dieses nicht anders seyn könne, indem ja das erste Erkenntniß erst mit jenem der Revision, vorher aber nie dem Angeschuldigten publicirt wird, folglich auch eine Erklärung zur Antretung der Strafe, und daher auch diese selbst, nicht erfolgen kann. Allein ich erwiedere hierauf, daß eben dieß, daß eine Eröffnung des ersten Urtheils unterbleibt, nicht ganz zu rechtfertigen seyn dürfte. Zwar ist es, begreiflich, daß da, wo das Urtheil die Todesstrafe ausgesprochen hat, die Eröffnung desselben zu dem Ende, um die Erklärung des Condemnirten zur etwaigen Erduldung der Strafe zu erhalten, unzulässig, und zugleich in andrer Hinsicht grausam seyn würde, indem der Inculpat, der nun das von der ersten Instanz gefaßte Todesurtheil vernommen hat, bis zur Publication des Revisionserkenntnißes von den Schrecken des Todes gequält und gepeiniget würde. Aber eben so klar ist es, daß in den zwey andern von der Verordnung benannten Revisionsfällen jene Eröffnung der Urtheile, und wenn sich hier der Inculpat

zur einstweiligen Antretung der Strafe erklärt, auch diese geschehen könne. Saget nicht, daß sich dieses mit der Idee einer Revision nicht wohl vereinigen lasse; denn worin besteht wohl der Unterschied derselben von der Appellation nach der Verordnung anders, als daß bey jener von Amtswegen, bey dieser auf Antrag des Inculpaten, eine neuerliche Prüfung des ersten Erkenntnißes geschieht? und sollte wohl dieser Unterschied so bedeutend seyn, daß dieses wegen, ein sonst bey der Appellation für den Inculpaten möglicher Vortheil, die einstweilige Antretung seiner Strafe, bey dieser, der Revision, hinwegfalle? Wollte man die Zweckmäßigkeit einer gewissen Bestimmung oder Anstalt mittels der Verträglichkeit derselben mit einer gewissen vorausgesetzten andern Idee beurtheilen, so könnte, wie ich bereits vorher bemerkte, auch bey Appellationen die einstweilige Antretung der Strafe in Criminalfällen als zuläßig nicht gedacht werden. Ueberhaupt giebt es keine andere Gründe, welche man unserem Vorschlag, der einstweiligen Antretung der Strafe bey Revisionsfällen, entgegensetzen könnte, als die wir bereits vorher gegen eine solche Antretung bey Berufungen anführten. Denn führt man etwa an, daß, wie z. B. da, wo auf künstlichen Beweis sechsmonatliche Zuchthausstrafe erkannt wurde, wegen der Trüglichkeit der Indicien leicht von dem Oberappellationsgerichte eine gänzliche Entbindung oder die von der Instanz erfolgen könnte, folglich eine Zulassung der einstweiligen Antretung der Strafe zweckwidrig

wäre, so entgegne ich, daß, wie ich schon vorher bemerkt habe, ein gleiches auch bey Appellationen statt finden könne, folglich müßte auch dort eine solche Antretung nie zugelassen werden. Ueberdies würde dieses Argument vorzüglich nur auf die bey Erkenntnißen auf künstlichen Beweis gestattete Revision anwendbar seyn, nicht so leicht aber auf den andern Fall, den, wo auf zwanzigjährigen Verlust der Freyheit erkannt wurde. Bey diesem könnte die Verweigerung der Antretung der Strafe einzig auf dem Grunde gebaut werden, daß dem Condemnirten, welcher einmal zur zwanzigjährigen Freyheitsstrafe verurtheilt sey, die einstweilige Antretung bis zum erfolgenden Revisionserkenntniße wenig nütze, indem bis zur Publication dieses Erkenntnißes höchstens vier oder sechs Wochen an der Strafzeit erstanden seyn können, diese wenigen Wochen aber, abgerechnet von einer so bedeutenden Strafe, dem Condemnirten sein Schicksal so viel als gar nichts lindern. Indessen ist leicht einzusehen, daß, sollte dies Argument gelten, auch bey der 18 und 19jährigen Freyheitsstrafe keine einstweilige Antretung der Strafe gestattet werden dürfte, und doch ist dies von der Verordnung geschehen; und wie leicht kann es sich fügen, daß die erkannte zwanzigjährige Strafe, von dem Revisionsgerichte etwa um fünf Jahre gemildert wird, während die achtzehnjährige um ein Jahr heruntergesetzt wird, demnach in jenem Falle die einstweilen erstandene Strafzeit für den Condemnirten noch erwünschter als in diesem ist? —

Auch bey Revisionen mag demnach, und zwar bey den zwey letztern in der Verordnung gedachten Fällen die einstweilige Antretung der Strafe gestattet werden.

In der erläuternden Verordnung vom 25. Juny 1810. wird bestimmt, daß, wenn jemand theils aus Indicien, theils auf dem Grunde eines natürlichen Beweises zu verschiedenen Strafen verurtheilt würde, das Oberappellationsgericht, wenn gleich gegen die letztere Strafe nur eine Appellation statt gefunden, dieser aber der Condemnirte entsagt hätte, dennoch so wohl über diese Strafe, als die auf künstlichen Beweis gebaute, in einem das Ganze umfassenden Urtheile zu erkennen habe.

Der Grund dieser Verordnung ist, wie man sieht, in der Connexität, oder darin zu finden, daß in dem Urtheile die Strafen zusammengefaßt, und im Ganzen ausgesprochen werden, demnach im Grunde die verschiedenen Urtheile nur eines im Ganzen bilden. Allein abgesehen, daß diese Verbindung und Zusammenfassung nur eine zufällige und formale, gar nicht nothwendige ist, giebt es auch Fälle, wo diese Zusammenfassung in eine Strafe im Erkenntniße gar nicht füglich geschehen kann, nämlich da, wo die Strafen heterogene sind. Setze man den Fall, daß jemand wegen eines geständigten kleineren Diebstahls körperlich zu züchtigen, wegen einer andern bedeutenden Mißhandlung aber zur Zuchthausstrafe aus Indicien zu verurtheilen ist, so wird hier der Richter im Erkenntniße beyde Verbrechen gewöhnlich trennen, und sagen,

daß A. wegen des bey N. verübten Diebstahls mit 30 Ruthenhieben, wegen der an D ausgeübten Mißhandlung aber mit 8 monatlicher Zuchthausstrafe zu belegen sey. Es fragt sich nun: kann auch in diesem Falle, da wo eine Heterogenität der Verbrechen und der Strafen vorliegt, gleichfalls von dem Revisionsgerichte auch über das erste Verbrechen, ohngeachtet des Verzichtes auf die Berufung, somit über beyde Verbrechen und Strafen im Ganzen erkannt werden? Die Verordnung sagt hierüber ausdrücklich nichts; sie spricht vielmehr in ihrem Eingange von homogenen Strafen. Inzwischen angenommen, daß sich ihr Sinn auch auf diese Fälle extendirt wissen will, so ist einleuchtend, daß nicht nur in Revisions- sondern auch in Appellationsfällen, nicht nur über den Punkt, worüber appellirt, sondern auch über die andern, worüber ein Verzicht in der Mitte liegt, die Gesetzgebung gleiche Aburtheilung über das Ganze den Revisionsgerichten hätte anbefehlen sollen, indem die Gründe hier die gleichen und nämlichen sind. Wenn daher, um bey dem obigen Fall stehen zu bleiben, jemand eines Diebstahles wegen zur körperlichen Züchtigung, wegen einer an einem Dritten verübten, jedoch nicht künstlich erhobenen Mißhandlung aber zur 8monatlichen Zuchthausstrafe verurtheilt, und gegen die leztere im Erkenntniß gesondert, und mit Beziehung auf das Verbrechen ausgesprochene Strafe von ihm wäre appellirt worden; so müßte auch hier der Revisionsrichter nicht blos über die leztere, sondern auch über

die erstere im Ganzen erkennen. Denn welche Gründe wären es denn, die hier eine Ausnahme begründeten? etwan der, daß hier von einer bloßen Appellation, wo auf den einen Strafpunkt verzichtet wurde, die Rede ist? Aber auch in dem gedachten Revisionsfalle war nur wegen des einen Punktes Appellation möglich, und da auf diese renuntiirt wurde, so müßte der Grund dieses Effektes darin liegen, weil hier wegen des andern Punkts die Revision eintritt: Allein hat das Wort Revision so viel Gewicht, daß es einen so bedeutenden Unterschied in der Sache hervorrufen kann? Genauer genommen, ist aber auch der Grund der Verordnung nicht hierin, sondern blos in der Unzertrennlichkeit der Sache zu suchen. Gleiche Ursache ist aber auch in dem andern, dem vorhin angeführten Appellationsfalle, vorhanden, also muß auch in diesem das Revisionsgericht auf das Ganze des Erkenntnißes eingehen können.

Wäre aber diesem allen auch nicht so, so würde es doch noch selbst eine Frage bleiben, ob denn in dem angeführten Falle der Verordnung dieses Erkenntniß über das Ganze strenge gerechtfertiget werden könne? Kann der Favor defensionis so bedeutend seyn, daß eine Sache, die lediglich zur Appellation sich eignet, wegen eines concurrirenden Revisionspunktes einer neuerlichen Prüfung und neuem Erkenntniße des Obergerichtes, obgleich ein Verzicht auf die Berufung in der Mitte liegt, sollte unterworfen werden können? Der erstere Punkt bleibt ja ein ewiger Appellationspunkt,

und sollte die über den andern Fall mit eintretende Revision die Kraft des Zauberstabes einer Circe haben, um ganze Wesen und Naturen auf einmal zu verkehren und in andere zu verwandeln? Jedoch es sey so, und dies wollen wir andern überlassen, so wird doch jeder leicht die von uns oben gemachte Folgerung, daß sodann auch bey bloßen Appellationsfällen in gleichen Fällen gleiches zu statuiren sey, eben so wahr als natürlich und consequent finden.

Nach der allegirten Verordnung, und dieß ist das Letzte, worüber wir zu sprechen haben, sind für Criminalfälle eigentlich nur zwey Instanzen geöffnet, indem die Untergerichte blos instruirende sind.

Wir haben bereits in dem Abschnitte über die Anzahl der Instanzen bemerkt, daß es nicht zweckmäßig sey, in Criminalsachen nur zwey Instanzen zuzulassen, da doch deren drey in Civilsachen existiren. Kann man wegen einer Summe von einigen hundert Gulden, mit dem erlassenen Urtheile zweyer Gerichtsstellen nicht zufrieden, noch an die dritte Behörde sich wenden, warum soll dieses in Criminalfällen, da wo oft das Leben auf dem Spiele steht, nicht erlaubt seyn? Schon dadurch, daß man Revisionen von Amtswegen in Criminalsachen zuläßt, erkennt man die größere Wichtigkeit dieser, besonders in gewissen Fällen, an; auch dürfte diese Revision als ein vollkommenes Surrogat für eine dreyfache Instanz kaum zu betrachten seyn. Läßt man, wie ich oben bemerkte, auch dem instruirenden

Richter eine Cognition oder Erkenntniß in der Sache zu, so können, ohne den geringsten neueren Kostenaufwand, alle diese Inconvenienzien gehoben werden, und der Unterrichter bleibt sodann auch, was er seyn soll, und in allen übrigen Fällen ist, das ist, ein Richter, nicht bloßer Instruent und Handlanger, und es kann dies am wenigsten in den baierischen Staaten einem Bedenken unterliegen, indem hier die Untergerichte, die Landgerichte gewöhnlich zwey, die Stadtgerichte nach Verschiedenheit ihrer Classification, ob sie zweyter oder erster Classe sind, fünf, acht auch mehrere Assessoren haben. Sollte nun vorzüglich bey diesen letztern die Fällung eines Criminalerkenntnißes nur die geringste Bedenklichkeit haben? Hat man ja auch bey den ehehinigen kleinern oder halben Appellations- so wie bey den ehemaligen gleichfalls nur größtentheils aus acht Räthen bestehenden Hofgerichten, gewiß ohne Inconsequenz oder Unzweckmäsigkeit, dergleichen Erkenntniße selbst dann zugelassen, wenn von einem Mitgliede aus dem Gremium die Untersuchung geführt wurde? Und selbst noch jetzt wird über mediat gewordene Fürsten und Grafen von den Appellationsgerichten die Untersuchung nach der Verordnung vom 19. März 1807. und vom 24. Julius 1808. geführt, und zugleich Erkenntniß gefaßt; warum also nicht in andern Fällen von Untergerichten, wenigstens den so zahlreich besetzten Stadtgerichten? Mache man nur die Versuche einmal damit, und gewiß, man wird sehen, daß auch bey einer solchen Organi-

sation die Gerechtigkeit sehr gut bestehe, besonders wenn die Befugniß der Untergerichte zur Fällung der Urtheile nach der oben von uns angegebenen Weise limitirt und bestimmt wird.

Groß ist die Macht der Gewohnheit, und wer noch von dieser beherrscht wird, wer von ihr sich nicht loszureissen versteht, der wird sicher in vielen unsrer Ideen bloße Projecte, nicht ausführbare Vorschläge finden. Der Verfasser kann voraussehen, daß dieses hundertjährige Schild von dergleichen Rüstmännern ihm entgegengehalten wird. Aber statt sich ihnen entgegenzusetzen, wird er einzig denselben erwiedern, daß sie ihre Waffen einstweilen bey Seite legen möchten, um im Falle, wo des Verfassers Ideen einige Realisation, und sie nach denselben zu handeln sich gezwungen fänden, bald wieder diese Waffen emporzuheben, um gegen die alte Gewohnheit, welche die neuere verdrängen will, zu Felde zu gehen, und so Gewohnheit mit Gewohnheit nach der Posteriorität der Zeit, zufolge eines ihnen angebohrnen Instinktes einer zur Natur gewordenen Ansicht, zu bekämpfen, und, ist es ihnen möglich, gänzlich niederzuschlagen.

Vorzüglich wird dieser Widerstreit seinen Ansichten über die Zulässigkeit der Berufung gegen Specialinquisition, Captur, und dergleichen begegnen; höchstens werden die vorher erwähnten Männer nur

eine Ausnahme in Fällen, die je sie beterffen könnten, gerecht und zweckmäßig finden. Der Ausruf in allen ist ihnen ein Schreckenswort, ein Ausruf, der unendliche Verwirrung, unendliche Zögerung zur Folge hat. Der Verfasser schweigt, getrost der Wahrheit des Dichters.

Omnia jam fient, fieri quae posse negabam.

Ovidius.

II.

Ueber die Publicität der Criminalurtheile.

Unter vielen andern Maximen, deren Befolgung unsere Criminalpolitiker den Regenten empfehlen, ließt man hin und wieder auch diese: die Criminalurtheile mit den Hauptumständen des Verbrechens zur allgemeinen Publicität mittels des Druckes zu bringen.*) Daß die Anwendung dieser Regel jedem Regenten zu empfehlen, daß sie eben so vortheilhaft, als ersprießlich in ihren Folgen sey, dieß, denke ich, dürfte wohl im geringsten nicht bezweifelt werden. Schon in früheren Zeiten hat man diese Maxime gewissermassen zu realisiren gesucht, indem man da, wo Missethäter zum Tode verurtheilt wurden, die Lebensgeschichte derselben, dann ihre That, so wie das Urtheil, das über sie ergangen ist, mittels des Druckes unter das Volk zu verbreiten bemüht war. Und daß Gleiches noch in den neueren Zeiten geschieht, daß man durch Einrückung der Criminalur-

*) Kleinschrod syst. Entw. Th. II. § 42. S. 106. 107.

theile in die Intelligenzblätter oder durch andre Weisen diese Publicität so viel als möglich zu unterhalten sucht, ist jeden, der nur einigermassen um die Begebenheiten des Tages sich interessirt, ohnedieß hinreichend bekannt.

Wirklich hat auch die Befolgung der gedachten Maxime der Gründe sehr viele für sich. Kommen nämlich Criminalurtheile nebst den Hauptumständen der That mittelst des Druckes zur Kenntniß des Publikums, so wird der Eindruck der Häßlichkeit der That bey dem Volke eben so dauernder als die Erinnerung an die Folgen derselben in jedem Gemüthe fester und bleibender werden. Nicht selten wird die Geschichte des Verbrechers von vielen durchgegangen und als ein warnendes Beyspiel sich vorgestellt werden. Der Hausvater wird das Faktum seiner Familie vorlesen, und Kinder und Gesinde werden aus selbem den kräftigsten Sporn zu besseren Handlungen nehmen. Der jugendliche Sinn, empfänglich für solche vorzüglich schauerliche Eindrücke, wird das Bild des Thäters immer vor sich behalten, und zurückgeschreckt von demselben, Legalität und Gerechtigkeit sich zum Gesetze machen. Ist es nun aber der Criminalpolitik vorzüglichster Zweck, alle die Mittel zu benützen, wodurch der Fall der Anwendung der Strafgesetzgebung unmöglich gemacht wird, so scheint die Publicität der Criminalurtheile als eine jedem Staate empfehlungswerthe Maxime auch nicht von der Ferne mehr bezweifelt werden zu können.

Sie wird diese Empfehlung noch von einer andern Seite verdienen. Ist es richtig, was Dalberg in seinem Ariston von der Todesstrafe sagt, *) daß die Executionen der Strafen gewöhnlich ihren Zweck verfehlen, statt des Abscheus nur Mitleiden gegen den Thäter und Abneigung gegen die Criminalprocedur erzeugen, so wird und kann der Regent dieses Gefühl nicht schneller verdrängen, und die Zuschauer mit der Strafgewalt aussöhnen, als wenn er die Geschichte des Verbrechers und dessen Schandthat vorher gedruckt in die Hände des Volkes bringt. Unausbleibliche Folge nämlich ist es, daß das Herz eines jeden, der diese Geschichte durchgeht, gegen den Thäter eingenommen, und das Mitleiden gegen denselben unterdrückt wird. Während die Martern der Execution den Zuschauer für den Verbrecher einzunehmen im Stande sind, wird das Schreckliche der That desselben jedem vor die Seele treten, und die Erinnerung an diese den Eindruck des Mitleidens eben so tilgen, als die Ueberzeugung für die Gerechtigkeit der Procedur rege machen.

Nimmt man noch zu diesem, daß jedes Verbrechen, so wie heimlich gebohren, auch nie und nimmer zur Publicität kommen will, daß jeder Verbrecher, sind nicht alle Gefühle der Ehre in ihm erstorben, eine Scheu vor der weiteren Verbreitung der Kenntniß sei-

*) Plitts Repertorium für das peinl. R. Th. II. S. 27. Dagegen Feuerbach in der Bibliothek des peinl. R. B. II. S. 246. u. 247.

ner That, und zwar nothwendiger Weise, trägt, so wird und muß eine Anstalt, welche diese Verbreitung zu befördern einzig zum Zwecke hat, und welche das Verbrechen nicht einzig in den Schranken des Gerichtes hält, in jeder Hinsicht als eine ersprießliche und beyfallswerthe erscheinen.

Inzwischen, so vortheilhaft auch diese öffentliche Bekanntmachung erscheint, hat man doch bis hieher dieselbe nicht allgemein, sondern nur in gewissen Fällen, da, wo es größern Verbrechen und Strafen, gewöhnlich wo es der Todesstrafe galt, gleichsam um die Decadenz des sittlichen Lebens in einem Individuum darzustellen, oder aus gewißen andern psychologischen Gründen berücksichtigt. Mag es seyn, daß man hiebey auch des bedeutenden Kostenaufwandes dachte, den die allgemeine Durchführung dieser Maxime herbeyführen würde. Uns interessirt es gegenwärtig nicht, diese Ursachen nebst Gründen genauer zu untersuchen. Einzig liegt uns jetzt daran, zu fragen, ob die obige Maxime auch so weit ausgedehnt werden dürfe, daß selbst die Gründe der gefällten Erkenntniße öffentlich, mittelst des Druckes, bekannt gemacht werden sollen? Auch dies glauben mehrere unserer Criminalpolitiker: *) und wir versuchen die Gründe für diese Behauptung nebst ihrer Prüfung hier folgen zu lassen.

Verbrechen sind öffentliche Läsionen, eben so die

*) Kleinschrod am angezeigten Ort.

Bestrafung eine öffentliche Genugthuung, die im Namen des Staates geschieht, und für das Ganze gefodert wird. Alle scheinen somit schon ein Interesse daran zu haben, daß das Urtheil, so wie öffentlich vollstreckt, auch mit seinen Gründen öffentlich bekannt gemacht werde. Bey den Civilstreitigkeiten mögen die Parteyen ausgeglichen werden, wie sie wollen, kein Dritter hat ein Interesse daran. Nicht so bey Criminalfällen, wo das Interesse eines jeden wenigstens mittelbar zur Sprache kömmt. Was natürlicher also, als jene allgemeine Publicität?

Hiezu kömmt, daß alle Heimlichkeit, wie Kleinschrod am angeführten Orte sagt, den Verdacht der Willkühr erregt, ein Verdacht, welcher auch die Verwaltung der Gerechtigkeit treffen wird. Die Umstände jeder That sind so verschieden, das oft ein und das nämliche Verbrechen auf ganz verschiedene Art bestraft wird. Der Todschläger einer kann mit dem Tode, der andere mit dem Zuchthause, der dritte noch geringer bestraft werden. Nicht minder kann es sich fügen, daß ein an sich (in thesi) weit schwereres Verbrechen mit einer viel gelinderen Strafe als ein anderes an sich geringeres belegt wird. Den Dieb kann lebenslängliche Zuchthausstrafe treffen, während der Mörder oder ein anderer gleich großer Verbrecher, nur ausserordentlich bestraft, weit gelinder davon kömmt. Könnte nun der Ununterrichtete, der immer nur die That in abstracto im Auge hat, einer anderen Meynung leben, als daß die Willkühr des

Richters lediglich ihr Spiel treibe? Diese Meynung wird aber verschwinden, wenn die besonderen Umstände der That vorgelegt und in dem Urtheile die Gründe des gefällten Straferkenntnißes angegeben werden.

Dabey ist nicht zu vergessen, daß, sollen die dem Urtheile unterstellten Gründe zur Publicität gebracht werden, viele der Richter bey Fassung der Erkenntniße weit gründlicher, eben darum aber auch weit richtiger und pünktlicher, zu Werke gehen werden. Ihr Spruch hätte sich nun seinem ganzen Inhalte nach gleichsam vor dem Publicum zu legitimiren, und der Gedanke, vor diesem zu bestehen, müßte nothwendiger Weise eine Triebfeder zur größeren Vorsicht und einer in allen ihren Gründen haltbaren Strafbestimmung werden.

Allein, ungeachtet dieser Gründe, glauben wir doch, daß die Publicität der Criminalurtheile in der von Kleinschrod angegebenen Art keineswegs zu empfehlen sey. Wir legen die Gründe dieser unserer Ueberzeugung in folgenden dar.

Wenn es richtig ist, was Feuerbach anderswo *) sagt, daß von einem für das Volk bestimmten Criminalcodex alles, was in die Proceßlehre, in die Lehre von Dolus und Culpa und der Inputation von Verbrechen eingreift, von demselben ausgeschlossen bleiben müße, so glaube ich, und zwar aus den nämlichen Ursachen, welche für jene Ausschließung stehen, daß

*) Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs eines peinl. Ges. S. 3. u. 4.

auch die Gründe, worauf Criminalurtheile beruhen, ferne von aller Publicität gehalten werden sollen. Entschieden nämlich und ausgemacht ist es, daß die Gründe, worauf die zu publicirenden Erkenntniße sich stützen, nicht selten aus der Lehre von der Imputation der Verbrechen, des Dolus, der Culpa und der verschiedenen Gradationen von dieser, dann aus der Theorie des Processes werden hergenommen seyn. Wenn nun, wie Feuerbach richtig bemerkt, diese Lehren dem Volke theils unbegreiflich und unverständlich sind, theils, wie besonders jener des Processes, nur dazu dienen würden, um dem schlauen Bösewichte den Weg, wie er dem Arme der Gerechtigkeit entschlüpfen könne, zu zeigen; wer wollte wohl bey solchen Verhältnißen für die öffentliche Bekanntmachung der die Criminalurtheile motivirenden Gründe im Geringsten nur das Wort nehmen.

Aber auch zugegeben, diese Bekanntmachung wäre räthlich und erwünscht, läßt sich wohl denken, daß der vorgesteckte Zweck vollständig durch sie erreicht werde? Das Urtheil samt seinen Gründen ist auf das Factum gebaut, und seine Richtigkeit durch die Wahrheit von diesem bedingt. Sollte somit das Publicum von der Unparteylichkeit des Urtheils überzeugt werden, so müßte es vorher Ueberzeugung von der Wahrheit des Factums gewinnen, und da dieses nur dadurch geschehen könnte, daß es auch der Untersuchung beywohnte, so wäre nunmehr die unvermeidliche Folge, daß auch die Untersuchungen öffentlich geführt würden.

Wie wenig zuläßig aber dieses sey, wie sehr es allen Grundsätzen einer gesunden Politik widerstreite, dies, dünkt mich, läßt sich eben so wenig bezweifeln, als es gewiß ist, daß bey einer solchen Publicität die Geistessammlung des Inquirenten gestört, der kühne Verbrecher kühner, der schüchterne schüchterner, und so der ganze ordentliche Gang der Untersuchung gehemmt und retardiret werde, abgerechnet die vielen andern hier nicht zu erörternden Inconvenienzien. *)

Noch mehr — Die Publicität soll dazu dienen, alles Mistrauen gegen die Gerechtigkeit der Gerichte bey dem Publicum zu entfernen. Aber wie? sollte es nicht unter der Würde der richterlichen gleich jeder andern Staatsgewalt seyn, vor dem Publicum sich erst zu legitimiren, demselben vorzulegen, daß der eine Fall sich so, der andere sich anders verhalte, und daß dieses und jenes die Gründe waren, welche zu dem gefaßten Erkenntniße stimmten. Die Staatsgewalt würde auf solche Weise in einer ewigen Abhängigkeit von dem Volke sich befinden, dieses zum beständigen Controlleur seiner Handlungen machen, und eben dadurch den weit höheren Zwecken seiner Politik entgegenhandeln. Und wenn es auch gewiß ist, daß alle Heimlichkeit den Verdacht des Publicums errege, so

*) Diese Inconvenienzien werden dadurch, daß man den Verfasser auf Staaten hinweißt, wo dergleichen Untersuchungen öffentlich geführt werden, und was er sehr wohl kennt, begreiflich noch nicht beseitigt.

ist doch eben so gewiß daß dies auf das, was von Staats- und eben daher auch was von Gerichtswegen geschieht, nicht so gerade zu angewendet werden könne. Soll denn die den Staatsbehörden innewohnende Publicität und der ihnen als solchen zugegebene volle Glaube noch einer andern Publicität, um diesen zu erhalten, bedürfen? Ueberhaupt gesagt, der Glaube an die Unpartheylichkeit und Legalität der Staatsbehörden ist sicher schon verloren gegangen, wo man diesen durch äußere Mittel zu erhalten und geltend zu machen sucht, wo er nicht mehr in und auf sich selbst beruht. Ein anderer nicht zu übergehender Gesichtspunkt ist dieser. Wie in allen übrigen Zweigen der Rechtswissenschaft, so giebt es auch in dem Criminalrechte der Controversen sehr viele, Controversen, die auch bey der besten künftigen Legislation nie ganz unterbleiben werden. Nehmt nun an, daß der Richter bey dem fünften oder sechsten Falle sich genöthigt sieht, das controverse Gesetz anders zu interpretiren, als es bey dem erstern geschehen ist, daß die neuere Interpretation über allen Zweifel erhaben, der Irrthum der erstern dargestellt ist, daß somit auch der jüngere Fall ganz anders als die ihm vorhergegangene, ihm ganz ähnliche, entschieden wird, nehmt dieses an, und sagt, ob hiedurch, wenn gleich nicht rücksichtlich dieser Unparteylichkeit, doch in vieler andern Hinsicht, das Vertrauen des Publicums für die Gerichte verlohren, oder eine Unzufriedenheit gegen die Legislation hervorgerufen wird, die, da sie aus Foderungen hervorgeht, welche,

wie ich vorhin bemerkte, auch die beste Gesetzgebung nie ganz befriedigen wird, auch in der Ferne nicht emporkommen zu lassen, Aufgabe und Zweck jeder Politik ist und seyn muß.

Schon oben habe ich angeführt, daß, wenn bisher die Publicität der Criminalurtheile mittelst des Druckes nur auf besonders wichtigere Fälle eingeschränkt wurde, dies vorzüglich auch aus dem Grunde mit geschehen sey, weil außerdem dem Staate ein viel zu kostspieliger Aufwand würde gemacht werden. Wirklich ist dieses auch der Fall, wenn ohne eine solche Beschränkung auch andere Criminalurtheile mittelst des Druckes sollten verbreitet und zur Publicität gebracht werden, abgerechnet daß außer den Hauptumständen der That, welche vielleicht einzig den größeren Theil des Publicums interessiren, die Gründe selten gelesen, und wenn gelesen, selten würden begriffen werden.

Wenn daher Tittmann *), der sich der Bekanntmachung der Gründe der Criminalurtheile wegen auf Kleinschrod bezieht, die Limitation wo möglich beysetzt, auch davon, daß sie mittelst des Druckes zu geschehen habe, nichts erwähnt, so hat er zweifelsohne die Unstatthaftigkeit der Publicität der Criminalurtheile in der oben beschriebenen Art gleichfalls gefühlt, und mögen ihn vielleicht gleiche Gründe, wie die von Uns angegebene, zu Motivirung seines Grundsatzes geleitet haben.

---

*) Handbuch der Strafrechtswiss. Th. I. §. 69. S. 146.

III.

Ueber das Begnadigungsrecht, und die neueren Ansichten desselben.

Viel ist schon von jeher über das Begnadigungsrecht gestritten worden. Während einige, wie Selchov *), dieses Recht dem Regenten ganz absprechen, dehnen andere es offenbar über die Gränze aus. Manche, wie Montesquieu **), glauben, daß es in Monarchien in einem größern Umfange als unter andern Regierungsformen ausgeübt werden könne. Viele sind es, die nur in wenigen ausserordentlichen Fällen, und einige, die mit Kant ***) nur bey gewissen Verbrechen es als zuläßig erachten.

Die Absicht gegenwärtiger Abhandlung ist es nicht, jede dieser Meynungen einer besondern Prüfung zu unterwerfen, nur bey einigen der neueren und vorzüg-

---

*) Ueber das Recht zu begnadigen und den richterlichen Ausspruch. Jena 1812.

**) Weder Montesquieu, noch weniger Beccaria schränken, wie Kleinschrod Th. II. §. 108. glaubt, dieses Recht blos auf Monarchien ein. Irrig glaubte es von ersterm auch ehedem der Verfasser.

***) Metaphysische Rechtslehre. S. 206.

licheren soll dies geschehen, zuvor aber, und ehe wir unsre eigene Ansichten von dem Begnadigungsrechte eröffnen, einiges über den Begriff der Begnadigung bemerkt werden.

Jeder Begnadigung geht eine durch Urtheil und Recht zuerkannte Strafe voraus. Die gänzliche oder theilweise Aufhebung einer solchen Strafe von Seite des Regenten wird die Begnadigung genannt. *) Dieser Begriff ist der gewöhnliche, wie Uns aber dünkt, eben nicht der richtigste. So oft wir nämlich von Begnadigung sprechen, denken wir Uns immer, daß der Regent, des geschehenen Erlasses der Strafe ungeachtet, dennoch dem Verbrecher die erkannte Strafe auch zufügen zu lassen berechtigt gewesen wäre; wir denken Uns den Akt nicht als solchen, der geschehen mußte, zu dem der Regent verpflichtet war, sondern als solchen, der geschehen und auch nicht geschehen konnte, als freywilligen Akt; nur wenn dieses ist, läßt sich von einer Gnade, und da von dieser der Begriff von Begnadigung abhängt, von einer Begnadigung sprechen. Die gemeine Ansicht so wohl, als der Sprachgebrauch, und die Geschichte des positiven Rechts, verbürgen die Realität dieser Behauptung. Mit Grunde ist daher schon Kleinschrod von der obigen Bestimmung des Begriffes der

*) Es versteht sich, daß diese Aufhebung theils qualitativ durch Verwandlung der Strafe in eine andre gelindre, theils quantitativ dadurch, daß die erkannte Strafe gemindert wird, geschehen kann.

Begnadigung abgewichen. *) Nach ihm ist Begnadigung die aus bloßer Gnade, ohne daß es ein strenger rechtlicher Grund fodert, von dem Regenten beliebte Abweichung zum Besten des Verbrechers — eine Definition, die, da sie zugleich das charakteristische Wesen jenes Aktes, seinen Unterschied von anderen Akten der Art bezeichnet, gewiß auch bestimmter und richtiger, als die oben erwähnte ist. Wenn nämlich der obige Akt ein Akt der Gnade seyn soll, so muß auch das Wesen von dieser in seine Bestimmung mit aufgenommen werden, und da nun dasselbe negativ und in Beziehung zu dem Regenten gedacht, bloße Abwesenheit einer rechtlichen Nöthigung bedeutet, so können auch wir unter Begnadigung nichts anderes als denjenigen Akt des Regenten verstehen, wodurch er dem Verbrecher die ihm zuerkannte Strafe erläßt, ohne hiezu rechtlich genöthigt oder verbunden zu seyn. Die Begnadigung ist in gewisser Hinsicht ganz gleich einer Schankung zu achten, und so wie diese ein Akt ist, qui fit, wie die Civilisten sagen **), nullo jure cogente, so auch ist die Begnadigung ein Akt, welcher ohne alle rechtliche Nöthigung geschieht. ***)

---

*) Systemat. Entw. Th. II. §. 108. S. 281.

**) Heinec. Element. jur. civ. §. 408.

***) Die hier gegebene Bestimmung wurde auch später von Salchov in seinem Lehrbuche gewählt, und aufgestellt. Vergl. dessen Lehrb. des peinl. Rechts. Leipzig 1807. §. 34. n. 2.

Dieses vorausgesetzt, fragt es sich nun, ob der Begriff von Begnadigung juridische Realität habe, mit andern Worten, ob es ein Recht zur Begnadigung gebe? Bey der Ableitung dieses Rechtes kömmt sehr viel darauf an, von welcher Ansicht des Strafrechtes ausgegangen wird. Sagt man mit Kant, das Strafrecht gründe sich auf einem kategorischen Imperativ, es sey eine absolute Foderung der Vernunft, daß Verbrechen bestraft werden, so ist es unmöglich, die Realität des Begnadigungsrechtes nachzuweisen. Einzig könnte es sodann nur in dem Falle statt finden, wo das Recht selbst mit sich in Collision kommen, wo eine höhere Rechtspflicht die Pflicht zur Bestrafung nunmehr als niedere aufheben würde. *) Das Strafrecht ist nach dieser Ansicht nunmehr zur Strafgerechtigkeit geworden, es ist keine bloße Befugniß einer Person oder Gewalt mehr, sondern etwas höheres von dieser unabhängiges, ein heiliges unverbrüchliches Gesetz, eine Idee, deren Realisation durchgängige Foderung, und keiner Willkühr anheim gestellt ist. Die Gerechtigkeit kennt keine außer ihr liegende Gründe, die es möglich machten, je von ihr abzugehen. Keine politischen, keine persönlichen, oder welche Rücksichten sonst immer, können daher den Regenten je Gründe zur Begnadigung seyn. Mit einem Worte, außer dem von uns oben ange-

*) Wir werden aber unten zeigen, daß in einem solchen Falle die Idee der Begnadigung gar nicht passe.

führten, ließ sich, nach dieser Ansicht, nie ein anderer Fall ihrer Anwendung als möglich denken. Es läßt sich nicht sagen, daß jemand zur Bestrafung des Verbrechers berechtigt sey, es muß gesagt werden: der Verbrecher wird bestraft, damit ihm sein Recht geschehe, ut fiat justitia.

Ganz anderst verhält es sich mit dem Begnadigungsrechte, wenn man die Verhängung der Strafen nicht als unbedingte Foderung der Vernunft, sondern als eine Befugniß, als ein Recht ansieht. Da es nämlich keine absolute und ursprüngliche Verbindlichkeit zur Ausübung des Rechtes für den Berechtigten giebt, da die innerliche Nöthigung hiezu nie aus der Idee des Rechtes an sich, sondern in concreten Fällen immer erst aus andern Gründen hergenommen werden muß, so kann auch zur Ausübung des Strafrechtes eine solche unbedingte, in dem Wesen dieses liegende Nöthigung, nie nachgewiesen werden. Ist aber dieses, kann ohne Widerspruch mit der Idee des Rechts, die Ausübung desselben überhaupt, somit auch des Strafrechtes unterbleiben, so ist auch sogleich die Möglichkeit einer Begnadigung, welche in Rücksicht des Regenten nichts anderes, ist, als was man bey einzelnen Güte nennt, dargethan.

Wirklich scheint auch diese leztere Ansicht die einzig wahre zu seyn. Wenn es nämlich richtig ist, daß das Recht ein ledigliches Dürfen in sich schließt, ein Permissiv ist, von dem Begriffe des Permissives aber die Idee etwas zu thun oder zu lassen unzertrennlich

ist, so muß auch das Strafrecht gleiche Willkühr in seiner Ausübung zulassen. Ja, wird diese Willkühr nicht vorausgesetzt, so scheint es unvermeidliche Folge zu seyn, daß an ein Begnadigungsrecht gar nicht gedacht werden könne. Alles Rechtliche nämlich muß den ursprünglichen Karakter des Rechtes an sich tragen. Nimmt man nun an, daß das Rechtsgesetz kein Permissiv, sondern ein blos gebiethendes oder verbiethendes Gesetz sey, so kann auch keine Unterart des Rechtes das Wesen eines Permissives, folglich auch nicht das Strafrecht an sich tragen. Auf diesen Permissiv des Strafrechts gründet sich aber das Begnadigungsrecht. Wäre nun aber jenes nicht gewiß, so würde auch dieses eine bloße Chimäre seyn.

Ehe ich weiter gehe, erlaube man mir, über die Folgen dieser Ansicht, so wie es bey der ersten geschehen ist, einiges zu bemerken.

Wenn man bisher nach den Grund des Begnadigungsrechtes fragte, so hat man hiebey immer an einen b e s o n d e r n s p e c i e l l e n Grund desselben gedacht, so wie dieses Recht selbst als ein specielles betrachtet. Man gieng stillschweigend von der Idee aus, daß der Regent eine Verbindlichkeit zu strafen habe, folglich besondere Gründe, besondere Umstände eintreten müßten, welche ihn dieser Verbindlichkeit entledigten. Nach der gegenwärtigen Ansicht zeigt es sich, daß das Begnadigungsrecht keinen solchen besondern Grund, keine besondere Umstände zu seiner Existenz erfodere, daß sein Grund schon ursprünglich mit der Idee des

Rechtes gegeben, von allem faktischen unabhängig, und dieses Recht gar kein specielles, vielmehr etwas ganz allgemeines sey. Ist aber dieses, ist es seiner Idee nach etwas allgemeines und ursprünglich unbegränztes, so ist weiter klar, daß, soll es begränzt werden, die Gründe hiezu keineswegs lediglich Gründe des Rechtes seyn müßen, daß sie ganz andere seyn können. Aber eben so sind dann auch die Gründe seiner Anwendung nicht blos streng rechtliche Gründe. Der einzelne kann aus ethischen, aus politischen und andern Rücksichten von der Ausübung seines Rechtes abstehen. Auch der Staat muß sonach aus ethischen, aus Gründen der Politik, sich des Gebrauches seines Strafrechts enthalten oder begnadigen können. Wirklich weißt auch die Geschichte nach, und selbst noch neuerliche Fakta bestättigen es, daß man bey Ausübung des Begnadigungsrechtes sich nicht blos an rechtliche Gründe band. Aus ganz anderen Rücksichten giengen viele dergleichen Begnadigungen hervor. Ja selbst sogar ohne ethische, ohne politische und vernunftgemäße oder nothwendige Absichten, ja ohne allen weitern zureichenden Grund, ist dem Regenten, jener Deduktion gemäs, in rechtlicher Hinsicht, die Begnadigung möglich; denn jeder Permissiv ist durch das Rechtsgesetz an sich selbst nicht beschränkt, und soll gleich der Regent sich immer durch vernünftige Motive bey Begnadigungen leiten lassen, so ist dieses doch kein Müßen für ihn, und daher begreiflich, was die L. 1. D. de const. princip. sagt. Etiam

sine exemplo (Sine ulla causa) subvenire principem posse. *)

Eben so klar und begreiflich stellen sich nach dieser Deduktion Behauptungen dar, welche nach der entgegengesetzten gänzlich verworfen werden müßen. Wenn z. B., nach Feuerbach, die Begnadigung auch schon in dem Falle statt finden soll, wo es nur höchst wahrscheinlich ist, daß die Anwendung des Strafgesetzes einen Nachtheil für den Hauptzwek des Staates haben würde, so ist, wie ich unten zeigen werde, diese Behauptung nie mit den Principien eines Feuerbachs in Einklang zu bringen, wohl aber dieselbe nach der obigen Deduktion ganz gut zu rechtfertigen; denn nach dieser adhärirt die Befugniß zur Nichtanwendung des Strafrechtes, (und hierauf gründet sich ja nach dieser Deduktion des Begnadigungsrecht.) schon dem Strafrechte, zufolge der Idee des Rechtes überhaupt, es ist unumschränkt und wenn es auch ohne allen zureichenden speciellen rechtlichen Grund ausgeübt werden kann, so muß es auch, und um so mehr, wenn noch besondere rechtliche Gründe, gleichwohl nur wahrscheinlich, vorhanden sind, zur Ausübung kommen können.

Nicht minder hinfällig erscheinen nach dieser An-

---

*) Methaeus de crim. L. 48. Lit 19. Ad Leges si aspicias, eae neque causae neque transactionis faciunt mentionem; quin contra cum in L. .1 D. de const. princ. principem sine exemplo subvenire posse - - quid hoc aliud, quam posse sine causa et sola inclinatione.

sicht manche sonst treffende Bemerkungen, die man gegen das Begnadigungsrecht, als absolute illimitirte Befugniß hin und wieder gemacht hat. Dahin rechne ich die Einwendungen des Hofraths Weber zu Langenburg, die er in seiner Nachlese zu dieser meiner Abhandlung in ihrem ersten Abdrucke, in der Polizeyfama *) gemacht hat. Mag es nach ihm seyn, daß ein jedes Recht ein begründetes und in seiner Ausübung begränztes sey: Die Befugniß, seine Rechte unrealisirt zu lassen, worauf sich das Begnadigungsrecht nach der obigen Ansicht stützt, ist dieses nicht, ausgenommen den Fall, wo man sich dieser unbeschränkten Disposition freywillig begeben hätte. Demnach, und ist diese Ansicht gegründet, zerfällt auch der vom gedachten Schriftsteller (er zerfällt aber, wie ich unten zeigen werde, nach einer andern Ansicht.) gemachte Einwurf, daß der von uns gegebene Begriff von Begnadigung nur nach positiven, nicht aber nach philosophischen Ansichten zu rechtfertigen sey. Die obige Deduktion gründet sich nämlich gar nicht auf positiven Gründen, sondern lediglich auf der Idee des Rechts, und wenn mit dieser der von uns gegebene Begriff von Begnadigung ganz zusammenhängt und Realität hat, wer möchte diesen Begriff einen blos aus positiv rechtlicher Ansicht abstrahirten nennen?

Können nach dieser Deduktion so viele Erscheinungen, die uns in dem Leben begegnen, ganz natürlich gedeutet

---

*) Jahrg. 1806. Janu. St. S. 100 — 106.

und erklärt werden; so scheint auch nichts gewisser als sie, und ein Zweifel dagegen kaum möglich zu seyn.

Dennoch und ungeachtet des Einklangs dieser Theorie mit dem Leben, können wir nicht umhin, uns gegen dieselbe zu erklären.

Wir haben gesagt, daß diese Ansicht daraus hervorgehe, daß sich keine absolute Verbindlichkeit zur Realisirung des Rechts, folglich auch nicht des Strafrechtes, nachweisen lasse. Wirklich ist diesem auch so, wenn man die Sache lediglich nach der reinen Idee des Rechtes betrachtet. Da nämlich dieses ein bloßer Permissiv ist, kein Geboth oder Verboth, sein Recht auszuüben, in sich schließt; so müßte, um ein solches Geboth aufzufinden, auserhalb der Sphäre des Rechtes dasselbe aufgesucht werden. Klar ist es aber, daß ein solches, außer der Sphäre des Rechts liegende Geboth, lediglich ein ethisches seyn könnte; ein ethisches Geboth zur Ausübung des Strafrechtes, würde aber noch keineswegs die rechtliche Unzuläßigkeit dieser Ausübung, eben damit aber auch nicht die Unstatthaftigkeit eines Begnadigungsrechtes, darstellen.

Allein, wenn sich gleich aus dem Rechtsgesetze selbst eine solche Verbindlichkeit nicht ableiten, noch für den einzelnen außerhalb des Staates nachweisen läßt, so erkennen doch alle an, daß es für den Staat oder den Regenten eine solche Verbindlichkeit gebe; ja man giebt zu, und muß es auch zugeben, daß diese Verbindlichkeit nicht eine blos eigne ethische sondern eine juridische sey. Deutlich ist dieser Charakter einer

rechtlichen Verbindlichkeit von den Anhängern der obigen Theorie ausgesprochen, wenn sie sagen, daß man beym Staatsvertrage den Regenten in gewissen Fällen von der Verbindlichkeit zu strafen freygesprochen, oder ihm das Recht nicht zu strafen eingeräumt habe. *) Die Gestattung des Rechtes, in gewissen Fällen nicht zu strafen, setzt voraus, daß er in den übrigen zur Bestrafung juridisch verbunden sey, und es geht dies auch schon aus der Natur des Staatsvertrages, nach der Ansicht dieser Gelehrten, hervor, welcher gemäß der Staatsvertrag bloße Rechte und Verbindlichkeiten zwischen Regenten und Unterthanen zum Gegenstande hat. Ist nun der Regent im allgemeinen zur Handhabung des Strafrechtes verbunden, so ist die natürliche Folge, daß die sonst ungebundene und absolute Willkühr der Ausübung der Rechte, so auch des Strafrechtes, im Staate gänzlich cessire, und falsch ist demnach der Satz, daß der Regent nach bloßen Belieben, auch ohne allen weitern zureichenden Grund, begnadigen könne.

Eine weitere eben so natürliche Folge ist es aber auch, daß nunmehr jene Ableitung des Begnadigungsrechtes von jener beschriebenen Ungebundenheit der einzelnen bey Ausübung ihrer Rechte, eine durchaus unnütze, eine deductio per ambages sey. Jene absolute und ungebundene Willkühr soll bey dem Eintritte in den Staat beschränkt werden, und der Grund und die Gränze dieser Beschränkung ist kein anderer

*) Tittman Grundl. der Strafrechtsw. §. 59.

als die Idee des Staates. Wollen daher die Einzelnen beym Staatsvertrage dem Regenten in gewissen Fällen das Recht zu begnadigen oder nicht zu strafen einräumen; so kann dies nur da geschehen, wo eine solche Begnadigung mit dieser Idee mit den Zwecken des Staates vereinbar ist; denn so wie diese Idee der Grund und die Gränze der Limitation jener absoluten Willkühr ist, so ist sie auch der Grund und die Gränze ihrer Nichtbeschränckung. Die einzelnen wollen bey der Staatsunion, daß das Recht, folglich auch das Strafrecht, durchaus gehandhabt und ausgeübt werde. Die vorher herrschende durchgängige Unbeschränktheit in Ausübung der Rechte wird demnach aufgehoben, und an ihre Stelle das umgekehrte Verhältniß, die allgemeine Verbindlichkeit zur Realisirung des Rechtes, gesetzt. Soll nun eine Limitation dieser Verbindlichkeit eintreten, so kann dies nur in Fällen geschehen, wo andre verbindliche Staatsrücksichten diese Verbindlichkeiten aufheben. Nun ist es aber klar, daß, wenn man auch ursprünglich schon das Strafrecht von einer Verbindlichkeit ableitet, man zu den nämlichen Resultaten kommt, und eben daraus einleuchtend, daß die von der obengedachten den einzelnen zustehenden illimitirten Befugniß geschehene Ableitung des Begnadigungsrechtes, eine ganz überflüssige, eine Ableitung auf Umwegen sey. Der ganze Unterschied zwischen dieser und der erstern Deduktion besteht darin, daß man bey jener sagen muß: die unbeschränkte Befugniß zur Nichtausübung des Straf-

rechtes ist beschränkt, oder cessirend, in allen denjenigen Fällen, wo diese Nichtausübung mit dem Zwecke und dem Wohle des Staates nicht vereinbar ist, und umgekehrt: sie ist vorhanden, wo diese Collision nicht eintritt. Bey der erstern Deduction des Begnadigungsrechtes aber heißt es: In allen Fällen, wo die Nichtanwendung des Strafgesetzes nachtheilig für den Zweck des Staates seyn würde, muß gestraft werden, in jedem entgegengesetzten Falle fällt diese Bestrafung oder die Verbindlichkeit hiezu hinweg, und Begnadigung tritt ein; — bloße Worte, kaum erwähnungswerthe Unterschiede. Und dennoch glaubt Tittmann daß jene Deduktion von dem Rechte der einzelnen alle Zweifel beseitige!

Wenn nun diese lezt erwähnte Deduktion zulezt uns zu den nämlichen Resultaten, wie die erste, führt, und im Grunde von ihr gar nicht verschieden ist; so fragt es sich nun, ob nicht diese eine ganz gegründete und wahre sey? Wir verneinen es!

Ehe wir aber die Gründe dieser Verneinung angeben, sey es Uns erlaubt vordersamst noch auf eine Eigenheit dieser Theorie oder vielmehr ihrer Anhänger aufmerksam zu machen.

Gemeinhin sagen dieselbe, daß der Staat zur Realisirung der Idee der Gerechtigkeit, zur Geltendmachung des Rechts, als seines Hauptzweckes, vorhanden sey. Alle andere Zwecke, die etwan der Staat noch haben mag, sind diesem subordinirt, und wenn daher eine Collision dieser mit jenem zusammentrifft,

so müßen diese immer hintangesetzt und ein Opfer von jenem werden. Daraus geht dann auch ihre Behauptung hervor, daß der Staat nur dann ein Begnadigungsrecht habe, wenn die Anwendung der Strafe einen Nachtheil für den Hauptzweck des Staates haben würde, das ist, wie wir oben sagten, wenn Recht und Recht selbst collidirten, eine höhere Rechtsverbindlichkeit die niedere zu strafen aufhöbe.

Dieser Fall ist es nun auch, welchen die Anhänger dieser Theorie gewöhnlich als Fall der Zuläßigkeit der Begnadigung vorlegen. So sagt z. B. Tiefstrunk: *) Nur die Unmöglichkeit, sich als rechtliches Gemeinwesen zu erhalten, würde einen solchen Aktus des Majestätsrechtes, die Begnadigung rechtfertigen; und Feuerbach **) sagt: Der Regent habe dieses Recht nur sodann, wenn die Anwendung des Strafgesetzes einen unausbleiblichen oder höchst wahrscheinlichen Nachtheil für den Staat selbst, in Ansehung seines Hauptzweckes, haben würde.

Wie vorhin gesagt, gehen diese Schriftsteller von der Idee aus, daß der Staat zur Realisirung der Idee der Gerechtigkeit errichtet werde, daß Strafen auch zu diesem Ende verhängt würden, folglich nur dann hinwegfallen können, wenn ihr Grund, die Erhaltung der rechtlichen Ordnung selbst, ihre Annihilation fodert. Dies

---

*) Philos. Unters. über das priv. und öff. Recht Th II. S. 477.

**) Lehrb. des peinl. Rechts. 2te Aufl. §. 63.

tritt nun bey dem gegebenen Falle ein; da nämlich, wo die Erhaltung des rechtlichen Gemeinwesens selbst durch die Verhängung der Strafe gefährdet, oder der Vernichtung ausgesetzt würde, würde alles Recht, da dieses nur in einem solchen Gemeinwesen besteht, aufgehoben werden. Da nun die Erhaltung des Rechts überhaupt der Erhaltung dieses in einem einzelnen Falle vorgeht, so ist und muß in einem solchem Falle, ihrer Meynung nach, das Begnadigungsrecht und zwar ausschließend begründet seyn.

Allein so gegründet diese Bemerkungen an und für sich sind, so wenig läßt sich unsrer Ueberzeugung nach sagen, daß der Regent in dem beschriebenen Falle einen Akt der Begnadigung ausübe.

Der Grund der Begnadigung im vorliegenden Falle soll darin liegen, weil es höhere Pflicht des Staates ist, des Recht überhaupt, als in einem einzelnen Falle zu erhalten. Demnach ist der Regent, in jedem solchen Falle, rechtlich genöthigt, die Begnadigung auszuüben, es steht nicht in seiner Willkühr die Strafe zu erlassen, er muß sie erlassen: Wie wenig aber mit einem solchen rechtlichen Müßen, sich die Idee der Begnadigung vertrage, ist jedem einleuchtend. Die Begnadigung soll nach Tieftrunk, den Glanz der Hoheit des Souverains erweisen. Wo ist aber ein solcher Glanz mehr sichtbar, wenn der Regent, nothgedrungen und einer Rechtspflicht gemäß, dem Verbrecher die Strafe erläßt, wo die Strafe nicht mehr rechtlich möglich ist, folglich auch für die Erlas-

sung derselben der Verurtheilte eben nicht besonders zu danken hat? Statt Erhabenheit, ist, bey einem solchen Akte des Regenten, nichts als bloße Ohnmacht sichtbar. Am deutlichsten wird dieses Nothrecht durch Feuerbachs Darstellung erkennbar, nach welcher der Regent, auch schon bey der höchst wahrscheinlichen Gefahr des Staats, dieses Recht auszuüben, befugt seyn soll. Diese Wahrscheinlichkeit ist bloßes Atribut des Nothrechts, nach der bisherigen Vorstellung, gewesen, mit andern Worten, nur das Nothrecht sah man, auch schon bey vorhandener Wahrscheinlichkeit, als gegründet an. Herr Feuerbach hätte daher auch unmöglich jene Wahrscheinlichkeit als hinreichend ansehen können, wäre das von ihm beschriebene Recht mehr als das Nothrecht. Zu verwundern bleibt es übrigens immer, wie H. Feuerbach eine solche Behauptung, nach seinen mehrmals geäusserten Grundsätzen, vertheidigen konnte, nämlich daß die bloße Wahrscheinlichkeit nie und nimmermehr zur Begründung von Rechten zureichend sey, daß wahrscheinliche Rechte in das Reich der Chimären gehörten. *) Mag er auch zu dem Worte wahrscheinlich das Wörtchen höchst hinzusetzen, nimmer wird er hiedurch jene Gewißheit erlangen, die er zur Existenz der Rechte erfodert, und eben daher auch in dem oben von ihm angegebenen Falle der Begnadigung, wenigstens nach diesen Rücksichten des Begnadigungsrecht begründen können.

---

*) Revision der Grunds. und Grundb. des peinl. Rechts Th. 1. S. 84.

Inzwischen bleibt immer so viel gewiß, daß, wenn gleich in dem von Feuerbach und Tiestrunk angegebenen Falle des Begnadigungsrecht sich nicht begreifen läßt, Feuerbach in den weitern Folgerungen dieses Rechts weit consequenter als Tiestrunk verfahre. Nach diesem nämlich *) soll auch selbst in dem Falle, wo die Begnadigung eintritt, die Strafe doch nicht gänzlich, sondern nur theilweise, erlassen werden können; nur Veränderung oder Milderung des gesetzlichen Strafübels, nicht gänzliche Straflosigkeit, ist, nach ihm, zuläsig. Nicht so denkt H. Feuerbach, und auch jeder Dritte mit ihm. Ist nämlich Gefahr für das rechtliche Gemeinwesen oder den Hauptzweck des Staats der Grund der Begnadigung, so folgt, daß wenn die Abwendung dieser Gefahr nur einzig durch Aufhebung der Strafe im Ganzen möglich ist, auch diese zuläsig seyn müße; die bloße Minderung oder Abänderung der Strafe würde hier nicht an rechter Stelle seyn. Alles richtet sich hier nach der Möglichkeit der Erhaltung der rechlichen Ordnung, und je nachdem diese durch geringere oder größere Gnade erreicht werden kann, muß auch die Ausübung beyder erlaubt seyn.

Einer nicht geringeren Inconsequenz hat sich Tiestrunk mit Kant **) schuldig gemacht, wenn er dem Regenten die Begnadigung in dem Falle zugesteht, daß die Läsion gegen ihn selbst gerichtet, ein Majestätsverbrechen gegen seine eigne Person (crimen

*) A. a. O.

**) Metaph. Anf. der Rechtsl. S. 206.

laesae majestatis) vorhanden ist; dabey macht man zwar die Beschränkung, daß durch die Ungestraftheit der Sicherheit des Volkes keine Gefahr erwachsen müße, wie etwa da, wo sich einer in der Hitze eines beleidigenden Ausdruckes bedient hätte.

Zugegeben, daß in dem angeführten Falle dem Regenten die Befugniß den Lädenten zu begnadigen zustehe; so fragt es sich, welches hier der Grund zur Begnadigung sey? Soll er darin liegen, weil hier an den Regenten, weil an seiner Person eine Injurie geschah? Wäre dieses, so müßte der Regent nicht nur bey Injurien, sondern bey jeden Vergehen, welches ihn betrift, begnadigen können. Aber bey jedem andern Vergehen würde ja durch dessen Ungestraftheit Gefahr für die Sicherheit des Volkes erwachsen? Gut: so ist dies Strafrecht nunmehr nicht etwas absolutes, sondern ein relatives, und kann, je nachdem die Folgen gefährlich sind oder nicht, ausgeübt und auch nicht ausgeübt werden. Dies ist aber eine offenbare Inconsequenz mit den eigenen Behauptungen der benannten zwey Schriftsteller. Zu diesem kömmt, daß bey dieser Voraussetzung, der Regent nicht nur wenn an ihm, sondern jedem Dritten, ein dergleichen Vergehen wäre verübt worden, müßte begnadigen können. Ueberhaupt, wenn in dem beschriebenen Falle eine Begnadigung statt finden sollte, müßte sich ihr Grund zulezt lediglich auf Privatrücksichten stützen. Man denkt sich nämlich stillschweigend bey diesem Falle, daß, da die Beleidigung hier lediglich der Person des Re-

genten gelte, er dem Lädenten, etwa wie jeder einzelne, seine Beleidigung vergeben, ihm verzeihen könnte. Allein, wer sieht nicht, daß, wenn diesem so wäre, das Begnadigungsrecht lediglich Privatrecht, ein dem Regenten für seine Person (nicht gerade als Regent) zukommendes Recht seyn müßte, wer sieht nicht, daß eine Begnadigung dieser Art, kein Akt der Majestät, so wie das Recht hiezu kein Majestätsrecht wäre. Schon der Grund einer solchen Begnadigung wäre einer von den übrigen Begnadigungen ganz verschiedener, und eben daher ist es einleuchtend, wie wenig in dem beschriebenen Falle ein Begnadigungsrecht begründet werden könne. Und wie? soll auch hier die Begnadigung lediglich in Minderung, nicht aber gänzlicher Nachlassung der von dem Verbrecher zu leistenden Genugthuung bestehen. In gänzlicher Nachlassung, sagt Tiestrunk. Also ein klarer Beweis, daß, was dieser Schriftsteller vorhin läugnete, die Begnadigung nicht blos in Minderung, sondern auch in totaler Aufhebung der Strafe bestehen könne.

Diese Bemerkungen scheinen uns hinreichend zu seyn, um zu zeigen, daß durch die neueren über das Begnadigungsrecht angestellten Forschungen, dasselbe nicht fester begründet worden sey, sie zeigen uns, daß, wenn diese Ansichten die einzig möglichen wären, dem Begnadigungsrechte alle Realität abgesprochen werden müßte. Die Einwendung, daß die von uns gegebene Bestimmung des Begriffes der Begnadigung, eine lediglich aus der gemeinen Ansicht und dem Geiste

der positiven Gesetzgebung abstrahirte, keineswegs aber eine philosophische sey, wird dadurch, daß die Philosophie den Begriff der Begnadigung nicht zu schaffen, sondern lediglich zu deuten und seine etwaige Realität oder Nichtrealität nachzuweisen hat, hinlänglich beseitigt.

Bey jeder Begnadigung erkennen und müßen wir anerkennen, daß der Begnadigte nach strengem Rechte die ihm zuerkannte Strafe verdient habe. Außerdem würde nicht Gnade für Recht, sondern Recht für Gnade ergehen. Eben so unbezweifelt ist es, *) daß jede Begnadigung verdient seyn müße. Alle Begnadigung sezt demnach innere, lediglich in dem Verbrecher und seiner That liegende, keine äußere, den Regenten anderswoher necessitirende Gründe voraus; denn sonst ist, wie oben gesagt, das Begnadigungsrecht bloßes Nothrecht, und die Zuläßigkeit der Milderung oder Erlassung der Strafe in einem solchen Falle, ist es gar nicht, was uns bey der Frage um den Grund des Begnadigungsrechtes interessirt. Soll die Begnadigung verdient seyn und dennoch außerhalb der Sphäre rechtlicher Gründe liegen, so scheint die Strafgerechtigkeit vernichtet, und ein unauflößlicher Widerspruch in dem Strafsysteme vorhanden zu seyn. — Es fragt sich wie ist dieser zu lösen?

---

*) Wie oft hört man nicht im Leben die Sprache, daß dieser oder jener es nicht verdient habe, begnadiget zu werden, und umgekehrt.

Der Staat soll nicht blos eine Rechtsordnung, sondern außer dieser noch weit mehreres seyn. Schon die Gerechtigkeit steht ursprünglich mit andern Ideen in Verbindung, und so wie sich diese untereinander zur Darstellung des absolut Wahren ergänzen, so auch kann nicht einseitig mit Unterdrückung der übrigen, eine Idee vom Staate emporgehoben werden. Der Richter hat blos das Recht zu handhaben, und da es in dem ganzen Systeme des Rechts, es gesondert von allen andern Beziehungen betrachtet, nie eine Gnade giebt, so kann auch diese nicht von einem Richterstuhle ausgehen. Nicht bloßer Richter oder Verwalter des Rechts ist der Regent, in ihm vereinigen sich der Gewalten noch mehrere; daher auch für ihn, was nie für den Richter, wohl möglich ist. Der Richter hat bey Beurtheilung der Verbrecher blos den Menschen in rechtlicher Beziehung vor sich; der Regent nimmt und muß den ganzen Menschen nach seinem gesammten Wirken und Seyn vor sich nehmen. Was der Richter nie darf, das soll und kann der Regent, das ist, er soll auch gütig seyn. Und der Grund hiezu liegt darin, daß, so wie er die ganze Entwicklung des Menschen will, er auch alle sittliche Ideen, und mit diesen auch die Idee der Güte verwirklichen soll. Alles an sich Wahre, Schöne, und Gute, soll und muß im Staate zum Vorschein kommen. So wie aber die Idee des Guten in ihrer vollständigen Entwiklung und Darstellung, auch die Idee der inneren Güte, und mit dieser die Versöhnung herbeyführt, so

auch soll der Regent sich nicht blos als strengen Handhaber des Rechts, sondern auch bey der Gerechtigkeit Güte beweisen, und in so ferne Versöhnung und Begnadigung eine Aeusserung dieser ist, auch begnadigen. Die Möglichkeit der Begnadigung geht demnach hervor, aus der Nothwendigkeit der Entwicklung des ganzen sittlichen Lebens, aus dem Wesen des Staates, welches als ein allseitiges Wirken nur in der Realisirung sämtlicher Ideen sich dargestellt, und geoffenbaret findet.

So wie aber jede Güte, wenn sie eine besonnene ist, (und dieß soll sie immer seyn) nicht an Unverdiente vertheilt wird, so auch soll und kann die Begnadigung nicht blindlings und an jeden geschehen. Der Regent möge daher vor allen den Reuigen seine Gnade schenken. Ist Reue das Versöhnungsmittel des Menschen mit sich selbst, und innerlich, so muß sie es auch äusserlich und für den Staat seyn; daher da, wo diese mit Reparation des Schadens, wie sich von selbst versteht, verbunden ist, der Regent immer, besonders wenn ein sittlicher Lebenswandel vorhergegangen, und das Verbrechen in flüchtiger Aufwallung geschehen ist, begnadigen kann und soll. Solch ein momentanes Verbrechen wiegt einen langjährigen vorhergegangenen sittlichen Lebenslauf nicht auf, und giebt schon jeder Inquisitionsproceß, der immer in das frühere Leben des Verbrechers mit eingeht, zu erkennen, daß die That, die da geschehen, nicht losgerissen als Fragment, von dem übrigen ganzen Menschen zu betrachten sey;

so mache diese Ansicht der Regent noch mehr geltend, und beurkunde durch die Gnade, daß ihm ein vorhergegangener klassicher Wandel, so wie die in der Reue liegende Sittlichkeit, mehr als ein leerer Name, und für den Staat nicht ohne Bedeutung sey.

Wie diese Rücksichten theils einzeln, theils in ihrer Gesammtheit den Regenten zur Begnadigung, nach verschiedenen Graden, zu stimmen vermögen; so auch hat er Gelegenheit dem Verbrecher diese sodann zuzudenken, wenn das Verbrechen von einem sittlichen Triebe ausgegangen, demnach nur ein sittlicher Exceß ist. Hieher möge auch jene Uebertreibung der bürgerlichen Tugend gehören, welche uns die Geschichte in dem tapfern und patriotischen Horazier, dem Mörder seiner Schwester, darstellt, welchem das Römische Volk Huld und Gnade werden lies. Fälle dieser Art könnten leicht mehrere aufgeführt werden. Dies aber so wohl als die weitern Folgerungen aus den oben angegebenen Ansichten der Begnadigung zu ziehen, mag dem Leser überlassen bleiben.

IV.

Ist die öftere Ungestraftheit eines Verbrechens ein Milderungsgrund der Strafe

in Beziehung auf die L. 17. D. de aed. edicto.

Wenn ein Verbrechen, welches öfter und ungestraft vorgenommen wurde, weiter von einem Dritten begangen wird, so glaubt Herr Kleinschrod, *) daß eine solche bisherige Ungestraftheit ein Milderungsgrund für die Strafe dieses Dritten werden müße; Er bezieht sich zum Beweise dieser seiner Behauptung sowohl auf die positiven Gesetze als auf die Natur der Sache.

Was die positiven Gesetze betrift, so wird von ihm die L. 17. §. 12. D. de aedilitio edicto angeführt. Hier heißt es:

> Siquis in asylum confugerit aut eo se conferat, quo solent venire, qui se venales postulant, an fugitivus sit? ego puto non esse fugitivum qui id facit, quod publice facere licere arbitratur.

*) Syst. Ent. Th. 1. S. 302. §. 175.

Die Worte: quod publice facere licere arbitratur; sind es, welche den angegebenen Milderungsgrund rechtfertigen sollen. Allein leicht dürfte sich einsehen lassen, daß, wenn diesem so wäre, das Gesetz ganz anders würde gesprochen haben.

Ulpian, der Urheber der angeführten Bestimmung, sagt: ego non puto esse fugitivum, er läugnet in dem von ihm aufgestellten Falle das Daseyn des Begriffes eines Fugitivi; Die Folge davon ist, daß er denjenigen, qui ad asylum confugit, von aller Strafe, die sonst die Fugitivos trift, gänzlich befreyt wissen will und muß. An eine bloße Milderung der Strafe dachte und konnte er auch nicht denken, ausserdem seine Worte ganz anders gefaßt, der Begriff eines Fugitivi nicht in Abrede gestellt, vielmehr würde belassen, und nur bemerkt worden seyn, daß die sonst gewöhnliche und ordentliche Strafe nicht in ihrer ganzen Härte einzutreten habe; Ist aber dieses, so ist klar, daß H. Kleinschrod diese gesetzliche Bestimmung keineswegs für sich zu dem Ende anführen könne, um eine Milderung der Strafe in dem von ihm angeführten Falle daraus zu begründen.

Die Einwendung, daß hier der Schluß a majori ad minus gelten, daß es erlaubt seyn müße, die gewöhnliche Strafe um so mehr und gewisser zu mildern, als Ulpian alle Strafe in dem angeführten Falle aufgehoben wissen wolle, diese Einwendung kann um so weniger gemacht werden, als hier das minus eine wahre Läsion an dem Verbrecher seyn würde.

Noch deutlicher zeigt sich die Unanwendbarkeit des allegirten Gesetzes für den Kleinschrodischen Fall, wenn man folgendes mit uns in Erwägung zieht.

H. Kleinschrod setzt den Nervus seines Argumentes in die oben angeführten Worte, quid id facit, quod publice ꝛc. er glaubt, daß von darum Ulpian die Fuga in asylum unbestraft belassen wissen wollte. Allein genauer das Gesetz genommen, liegt hierin der Grund nicht: dies ergiebt sich klar aus den der allegirten Bestimmung gleich und unmittelbar weiter nachfolgenden Sätzen; Denn so heißt es: Nec eum, qui ad statuam Caesaris confugit, fugitivum arbitror: non enim fugiendi animo hoc facit: — Idem puto et in eum, qui in asylum vel quod aliud confugit: quia non fugiendi animo hoc facit. Si autem ante fugit, et postea se contulit, non ideo magis fugitivus esse desinit.

Diese weitere Bestimmungen geben deutlich zu erkennen, daß nicht von darum, quia id facit quod publice licere arbitratur, das Fugere oder Conferre in asylum, sondern von darum unbestraft belassen wurde, weil der animus fugiendi und mit diesem der Begriff eines fugitivi nicht vorhanden war. Nehmt nämlich an, daß diesem nicht so wäre, so würde der nämliche Ulpian nicht haben sagen können, idem puto et in eum, qui in asylum confugit, quia non fugiendi animo hoc facit. Denn wenn auch der animus fugiendi hier vorhanden gewesen wäre,

so würde dennoch der Begriff eines fugitivi und alle Strafbarkeit wie in dem vorhergehenden von darum cessirt haben, quia id fecit, quod publice facere licere arbitratur. Auch das confugere ad statuam Caesaris, war etwas in den Augen des Publicums allgemein erlaubtes, und dennoch sagt Ulpian, daß nur darum hier das Wesen eines fugitivi hinwegfalle, quia confugium non fugiendi animo factum.

Ueberhaupt hat hier Herr Kleinschrod den Unterschied zwischen confugere et fugere, und mit diesem den ganzen Geist der in den angeführten gesetzlichen Bestimmungen liegt, übersehen. Das confugere bedeutet, wie bekannt, nichts weiter als das Zuflucht suchen an einem Orte, oder irgendwo, und solche Zufluchts- solche Rettungsorte waren die Asylen; das Wort Fugere bedeutet etwas ganz anderes, und ist nur da, wo von dem Fugitivis die Rede ist, passend. Daher denn auch Ulpian nie von dem fugere in asylum, sondern nur von dem confugere, von dem se conferre in asylum spricht, und beyde sehr wohl von dem Fugere dadurch unterscheidet, daß er hinzu setzt, daß das confugere nicht Fugiendi animo geschehe; Aus diesem Grunde hat er auch bemerkt, quia tamen fugit, et postea se (in asylum) contulit, fugitivus non esse desinit.

Angenommen aber auch, daß das confugere in asylum von dem animo fugiendi begleitet gewe-

sen wäre, so würde das angeführte Gesetz dennoch nichts für H. Kleinschrod erweisen; Ulpian hätte sodann in diesem Falle lediglich die Frage entschieden, ob eine unter dem Gattungsbegriffe eines Verbrechens stehende, jedoch allgemein und öffentlich gebilligte Handlung, gleichfalls zu bestrafen, oder als eine gleich den übrigen Arten verbotene Handlung anzusehen sey? Seine Entscheidung, daß sie dafür nicht anzusehen sey, würde keineswegs zu der Folgerung berechtigen, daß ein sonst gesetzlich verpönter Fall, wegen öfterer Ungestraftheit nicht auf die ordentliche und gewöhnliche Weise geahndet werden dürfe.

Dies über den angeführten Milderungsgrund in positiv rechtlicher Hinsicht; es beweißt, daß sich derselbe nach dem angeführten Gesetze keineswegs vertheidigen lasse. Herr Kleinschrod schließt, weil Ulpian denjenigen, qui id facit, quod publice facere licere arbitratur, ganz straflos läßt, so müße auch in dem von ihm angeführten Falle, weil hier gleichfalls der Thäter gewissermassen glaubt, quod publice facere licitum fit, er, wo nicht gänzliche Straflosigkeit, doch Strafmilderung verdienen. Allein dieser Schluß fällt zusammen, wenn, wie wir gezeigt zu haben glauben, der Grund der Entscheidung des Ulpian nicht in den angegebenen Worten liegt.

Zwar könnte man gegen die von uns gegebene Erläuterung des obigen Gesetzes etwa noch die eine oder andere Einwendung machen. Man könnte sagen: wenn bey dem confugere in asylum an einen

animum fugiendi nicht zu denken war, so war ja die Entscheidung, ob derjenige, der sich dahin begiebt, ein Fugitivus sey, eine ganz überflüssige, indem bey der Abwesenheit dieses animi nicht nur da, wo das confugere in asylum, sondern wohin immer geschieht, niemand Fugitivus wird, und ist; Wozu also eine besondere Entscheidung über das confugere in asylum? Ich erwiedere: allerdings war dies nicht, aber wohl zu zeigen nothwendig, daß ein Unterschied zwischen dem wirklichen Entfliehen, und dem Fliehen sey, quod fit confugii causa. Eben daher hat auch Ulpian nicht blos von dem confugere in asylum, sondern auch von dem, quod aliud gesprochen, und nicht blos vom erstern, sondern von jedem solchen, es mag auch anderswohin geschehen, die mögliche Behauptung, daß man dadurch Fugitivus werde, geläugert. Mit einem Worte: er wollte den Unterschied zwischen Fugere und Fugere, wovon das eine nur confugii causa geschieht, herausheben, und da zuerst in Beziehung auf Asyle diese Frage aufgeworfen wurde, so wollte er auch diese zuerst beantworten, nachher aber auch diesen Unterschied ohne Unterschied des Ortes generalisiren, wie durch die Worte qui in asylum vel quod aliud etc. genug geschehen ist.

Aber, könnte man weiter einwenden, wenn das Fugere in asylum mit keinem animo fugiendi verbunden war, so hätte ja Ulpian die Entscheidung, quod fugitivus non fit, nicht in die Worte, qui id facit, quod publice facere licere arbitratur,

sondern lediglich darein, quia non fugiendi animo facit, eben so, wie es in den nachfolgenden Stellen von ihm geschehen ist, zu setzen gebraucht. Eben daraus, daß dieses nicht geschah, könnte man nun weiter sagen, folgt, daß er außer der Abwesenheit des animus fugiendi, auch das: id facere, quod quis publice facere licere arbitratur, zugleich mit als speciellen Grund, jemanden von einem Verbrechen freyzusprechen, angesehen hat.

Allein durch die Worte, qui id facit etc. wollte Ulpian nichts weiter sagen, als daß man dieses confugere wegen, schon von darum niemanden als fugitivum betrachten könne, als ja ein solches confugere etwas allgemein erlaubtes sey; hiebey räumte er nicht ein, daß diesem confugere ein animus fugiendi zu Grunde liege, vielmehr wollte er hierauf erst in der Folge aufmerksam machen, respective bestimmen, daß es schon von darum, weil es ein bloßes confugere, eben darum aber auch etwas allgemein erlaubtes und gebilligtes sey, keiner Bestrafung unterliege. Die Worte, qui autem fugit, et postea se contulit, fugitivus non esse desinit, beweisen klar, daß das nachfolgende confugere in asylum, bey vorhergegangenen wirklichem fugere nicht von der Strafe des Fugitivi befreye, mit andern Worten, sie zeigen, daß, wenn das confugere in asylum ein fugere wäre, es von darum die Idee eines Fugitivi nicht aufheben würde. Eben aus dem Grunde aber, daß es ein solches fugere nicht ist und seyn konnte,

übrigens als etwas allgemein erlaubtes angesehen, wurde, konnte und mußte auch Ulpian, wie geschehen, entscheiden.

Dies über den angegebenen Milderungsgrund in positivrechtlicher Hinsicht, in Beziehung auf die L. 17. alleg. Was sich nach der Natur der Sache hierüber sagen läßt, dies näher zu bestimmen, scheint uns von darum wenig zweckmäßig zu seyn, als die Prinzipien über das Milderungs- und Schärfungsrecht so wie die ganze Imputationslehre, wie bekannt, unter den Criminalisten nicht eine und die nämliche, daher auch die Entscheidung in dem unsrigen Falle, ohne, jedoch hier viel zu weitläufige, Debatte über jene Imputationslehre, nicht leicht möglich ist.

V.

Ueber das Verhältniß der Philosophie zum Criminalrecht

als Kritik der neueren Philosopheme über Criminalrecht.

Alles unser Denken ist entweder analytisch und formel oder synthetisch und reel. Bey dem analytischen gehe ich nie über den Gedanken hinaus; Gedanken werden hier mit einem Gedachten, welches wieder nur als Gedanke genommen wird, verglichen; anders hingegen ist dies bey dem synthetischen Denken. Hier gehe ich über den Begriff hinaus zu einem von ihm Unabhängigen Etwas über; dieses von dem Begriffe unabhängige wird Object oder das Reele genannt, so also, daß das synthetische Denken nichts weiter als die Beziehung unsrer Gedanken auf Objecte oder das reele Denken ist.

Die Wissenschaft, welche die Gesetze des analytischen Denkens aufstellt, wird Logik genannt, da hingegen diejenige Lehre, welche sich mit den reinen mate-

riellen Bedingungen des Denkens beschäftigt, mit dem Namen Metaphysik bezeichnet wird. Daß die Logik nie über den Inhalt der Erkenntniße etwas bestimmen, hiemit auch zur Erweiterung unsres Wissen nichts beytragen könne, ergiebt sich schon aus dem Begriffe derselben, so, daß aller Beweis hierüber am unrechten Orte hier stehen würde.

Der Logik, wenn sie überhaupt nichts über den Inhalt der Erkenntniße, so wie auch über den Ursprung derselben lehrt, kann somit auch die Jurisprudenz, in dieser Hinsicht, nichts verdanken; aber hieraus folgt zweifelsohne noch nicht, daß sie dies nicht in einer andern Hinsicht könne. Denn wenn es gewiß ist, daß sie das negative Criterium aller materiellen Wahrheit liefert, daß Sie die Bedingungen lehrt, welchen das Denken als solches unterliegt, so ist es evident, daß auch der Jurist der Logik nie entbehren könne. Will er seine Doctrin zu einer Wissenschaft, zu einem Systeme erheben, so muß er auch belehrt seyn, welches die Bedingungen eines solchen sind, Bedingungen, die einzig in der logischen Methodenlehre aufzufinden sind, und deren Kenntniß eben darum unentbehrlich ist.

Aber dieses wäre auch alles, was der Jurist von der Logik gewinnen könnte; nichts weiter, als was ihr jede andere Wissenschaft verdankt, verdankt ihr auch die seinige, nämlich, daß er nur durch sie jene Consequenz in den einzelnen Gedanken, so wie in dem raisonirten Gedankenganzen zu Stande bringt; aber hinweggesehen von diesem, was jedoch eben nicht unbedeu-

tender Gewinn ist *) kann er sich keinen andern Gewinn aus dem Studium der Logik versprechen.

---

*) Welchen Einfluß klare logische Einsicht auf die Gesetzgebung und mit dieser selbst auf das Leben der Menschen äußern könne, mag folgendes erweisen. Nach H. Kleinschrod (in dem Entwurfe einer peinlichen Gesetzgebung ꝛc. §. 129. und 130.) soll die Todesstrafe gegen Hochverräther, Mörder ꝛc. unter andern in dem Falle eintretten, wo die Anzahl derselben sich so anhäuft, oder so groß wird, daß Gefahr eintritt, dieselben möchten sich dem Gefängniße entziehen. Daß bey einer solchen Menge von Delinquenten alle hingerichtet werden müßten, ist nach Kleinschrod kein Zweifel; daß diesem aber nicht so seyn könne, ergiebt sich daraus: wenn die Gefahr der Entfliehung blos in der zu grossen Anzahl liegt, so folgt nichts mehr, als daß nur diese Anzahl gemindert werden müsse. Da dieses nun schon durch Hinrichtung einiger geschehen kann und wird, so ist gewiß, daß die übrigen von der Todesstrafe frey bleiben müssen. Aber nun fragt sichs, welche sollen getödtet, und welche beim Leben gelassen werden. Diese Frage könnte nicht anders als durch das Loos entschieden werden; daß aber auf solche Weise alles dem Zufall preisgegeben, und hiemit die größte Ungerechtigkeit entstehen würde, bedarf keines Erinnerns. Will man sagen, daß vor allen die Rädelsführer ꝛc. hinzurichten wären, so vergißt man, daß hier nicht auf die Größe der That des Verbrechers, sondern einzig auf die Gefahr Rücksicht zu nehmen sey, und so ist denn außer dem Zufall des Looses kein anderes Prinzip, wornach zu verfahren wäre. Abgerechnet übrigens, daß es dem Richter ein immer schwer zu lösendes Prob-

So bald ich eine eigne, von den übrigen gesonderte, Wissenschaft zu Stande bringen will, bin ich von der Logik, die nie über den Inhalt des Wissens etwas aussagt, nothwendig verlassen, was sich schon daraus ergiebt, daß sie eine generelle, allen Wissenschaften gemeinsame Wissenschaft ist, die somit nie zu den besondern, wo es zu einem Objecte kommen muß, herabsteigen kann. Da sie blos die formelle Seite der Wissenschaft würdigt, nie aber den Inhalt derselben, bey den einzelnen Wissenschaften aber es gerade auf letztere mit angesehen ist, so ist es begreiflich, daß die Logik auch über den Grund und die Gränze der einzelnen Wissenschaften nie etwas bestimmen könne.

Eine Wissenschaft soll ein System von Erkenntnißen seyn; dies bringt schon der Begriff von Wissenschaft mit sich. Erkenntniß besteht aber in dem objectiven oder realen Zusammenhang unsrer Vorstellungen. Als System muß jede Wissenschaft ein Prinzip haben; dieses Prinzip, da es Quelle von Erkenntnißen seyn soll, muß nothwendig ein synthetisches, und soll die Wissenschaft eine Wissenschaft im strengen Sinne des Wortes seyn, ein synthetisches Prinzip a priori seyn.

Was hier von Wissenschaft überhaupt gesagt wurde, gilt nothwendig auch von der Rechtswissenschaft, als einer Art der Gattung; Auch sie muß ein solches synthetisches Prinzip nachweisen können, wie es denn

---

lem seyn wird, zu bestimmen, um wieviel die Zahl gemindert werden müsse. —

auch von ihr wirklich geschieht; es versteht sich aber von selbst, daß es außer jener höchsten und einzigen Synthese der Rechtswissenschaft, dem Rechtsprinzip selbst, keine andere mehr geben könne, indem die ganze Rechtswissenschaft durch und durch eine blos analytische Wissenschaft ist. Was immer in ihr als Recht erkannt werden soll, dessen Erkenntniß ist nur durch Subsumtion, durch Anreihung an das Rechtsprinzip, mittelst des Satzes des Widerspruches möglich. *) Daher auch alle noch so divergirende Rechtstheile in jenem obersten Gliede zusammenhängen, und alle specifische Differenz, die das Eigenthümliche der einzelnen Rechtsdisciplinen begründet, einzig in dem Objecte, auf welches das Rechtsprinzip angewendet wird, zu suchen und zu finden ist.

Die Realität einer Rechtswissenschaft ist verbürgt, so bald der Zusammenhang ihres Begriffes oder Gegenstandes mit jenem obersten Prinzipe dargethan ist: die Realität des Criminalrechts wird demnach außer Zweifel gesetzt seyn, wenn es erwiesen ist, daß der Zu-

---

*) Die philosophische Rechtswissenschaft ist eine blos analytische Wissenschaft, das heißt nicht so viel, als wenn alle Sätze die in dieser Wissenschaft enthalten sind, nur analytisch wären: sondern nur in wieferne die darin enthaltenen Sätze Rechtssätze sind: d. h., in wieferne sie die gegenseitige Uebereinstimmung der äußern Freyheit betreffen, müßen sie nach dem Satze des Widerspruchs erkennbar seyn. — Zachariä in dem Anfangsg. des philosoph. Privatrechts Leipzig 1804.

sammenhang zwischen Verbrechen und Strafen juridisch begründet ist. Da nun blos durch Anknüpfung des Begriffes an jenes Prinzip dessen Realität dargestellt werden kann, so wird auch der Zusammenhang zwischen Verbrechen und Strafen, oder die Erkenntniß desselben, ein blos bedingter und relativer, keineswegs ein absoluter seyn können. Wird ein solcher (absoluter), Zusammenhang behauptet, so zeigt sich das Irrige dieser Behauptung schon nach dem Angeführten, und noch mehr wird es klar, wenn man in die Darstellung derjenigen eingeht, die eine solche unbedingte Vereinigung annehmen. Unter andern wird hierüber von Bergk *) folgendes vorgebracht.

Die Vernunft (so sagt dieser Gelehrte) fodert, wie in theoretischer Hinsicht absolute Einheit der Erkenntniße, so in praktischer Hinsicht unbedingte Unterwerfung des Willens unter das Gesetz. Diese Unterwerfung der Sinnlichkeit wird durch die Nichtbefolgung des Gesetzes aufgehoben; da dieses aber nicht seyn soll, so muß der Thäter nothwendig so viel Uebel erleiden, als seine That verdient, denn nur hiedurch wird die aufgehobene Unterordnung wieder hergestellt, die Vernunft mit der Sinnlichkeit ausgesöhnt. Weiter heißt es: Sollte die Strafe nicht unbedingte Folge des Verbrechens seyn, so müßte die Sinnlichkeit als herrschend über die Vernunft angesehen werden, was unmöglich ist.

---

*) Philosophie des peinl. Rechts. Leipzig 1801.

Daß aus dieser Darstellung der fragliche Zusammenhang zwischen Verbrechen und Strafen keineswegs evident hervorgehe, ist unsrer Einsicht nach eben so gewiß, als gewiß diese Darstellung mit der von Tiefstrunk gegebenen zusammenfällt, einer Darstellung, die wenn sie nicht besteht, auch zugleich den Ungrund der von Bergk gegebenen darlegt. Tiefstrunk nämlich sagt, *) daß ein Gesetz, welches ungestraft übertretten werden dürfte, aufhörte ein Gesetz zu seyn. — In dem Begriffe eines Gesetzes liegt es wohl, daß das Gegentheil dessen, was es gebiethet, unmöglich sey, und daß ein Gesetz nimmermehr Gesetz seyn könne, so bald auch sein Gegentheil erlaubt wäre. Allein, daß ein Gesetz nicht ungestraft übertretten werden dürfe, daß es sonst aufhören würde, Gesetz zu seyn, liegt in dem Begriffe des Gesetzes nicht, und dies müßte doch seyn, sollte die Strafbarkeit absolut und ohne Vermittlung mit der Läsion des Gesetzes zusammenhängen. Sollte die Behauptung Tiefstrunks bestehen, so müßte der Satz gelten: ein Gesetz darf nicht übertretten werden, weil es nicht unbestraft übertretten werden darf, und nach Bergk: die Sinnlichkeit darf nicht über die Vernunft herrschen, weil sie nicht ungestraft über dieselbe herrschen darf. Die Strafbarkeit wäre diesemnach ein Erkenntnißgrund der Unmöglichkeit der Uebertrettung, was nicht seyn

*) Tiefstrunk philosoph. Unters. über das Privat- und öffentl. Recht. Th. II.

kann. Wenn auch keine Strafe auf die Läsion des Gesetzes folgte, so würde hieraus doch keineswegs gefolgert werden können, daß die Sinnlichkeit die Herrschaft über die Vernunft erhalten müßte, indem der Pflichtbegriff der Uebertrettung ohngeachtet, somit auch die Superiorität der Vernunft in idealer Hinsicht, die aber auch zugleich real ist, ewig permanent bleibt. Klar liegt demnach das Fehlerhafte von beyden Darstellungen am Tage, so bald man näher den Grund, worauf sich beyde stützen, besichtigt und untersucht.

Die Behauptung, daß das Rechtsgesetz nicht unbestraft übertretten werden dürfe, sollte sie als absolut gewiß angenommen werden, könnte nur alsdann gelten, wenn bewiesen würde, daß die Glückswürdig- und Unwürdigkeit mit der Beobachtung oder Verletzung jedes Freyheits- oder praktischen Vernunftgesetzes verbunden, daß sie eine notio generica, keineswegs aber specifica eines oder des andern sittlichen (gemeinhin des ethischen) Gesetzes sey, ein Beweis, der der kantischen Schule um so weniger gelingen wird, als der Zusammenhang zwischen Glückseligkeit und den ethischen Handlungen, so nämlich wie dieser Zusammenhang gewöhnlich vorgestellt wird, selbst noch zur Stunde ein ungelöstes Problem ist.

Wenn daher Zachariä in seinen Anfangsgründen des philosophischen Criminalrechts sagt. *) Wer ein praktisches - ethisches - oder juridisches - Gesetz übertritt,

*) Leipzig 1805. S. 12. §. 21.

verdient — vermöge des Verhältnißes, worin Rechtthun und Glückseligkeit zu einander stehen sollen — Strafe. Wenn er hieraus, weil die Staatsgesetzgebung gleichfalls eine praktische sey, die Strafgewalt ableitet, so wird jeder erkennen, daß es dieser Deduktion noch an ihrem Fundamente gebreche, daß sie vor der Hand lediglich als eine petitio principii da stehe. Mag es seyn, daß der Vorwurf, ethisches und juridisches Gesetz würden bey dieser Deduktion mit einander verwechselt, ehe und bevor dargethan ist, daß Glückseligkeit einzig nur mit dem ethischen Gesetze zusammenhänge, ein zu voreiliger sey; der Vorwurf, den wir dieser Deduktion machten, wird immer aufrecht bestehen.

Das Resultat von diesen Prüfungen ist, daß diejenigen, welche den Zusammenhang zwischen Verbrechen und Strafen, als einen unbedingt durch die Vernunft begründeten, nachweisen wollen, bey ihrer Nachweisung immer einen Umgang von dem Rechtsprinzip nehmen, daher, wie dies bey den vorerwähnten Ableitungen der Fall ist, diesen Zusammenhang nie in rechtlicher Beziehung zu erweisen vermögen. Ihr Beweis mag wohl in vieler anderer Hinsicht gegründet seyn, für die Rechtslehre ist er es aber nicht; mit andern Worten; die juridische Realität der Synthese zwischen Verbrechen und Strafen, (und gerade diese ist es, was uns bekümmert,) ist und wird von ihnen nie dargethan.

Da die Behauptung: das Strafrecht stütze sich auf einen kategorischen Imperativ mit den vorher-

erwähnten Ansichten im Grunde eine und die nämliche ist, so mag sogleich die Unstatthaftigkeit dieser Behauptung jedem einleuchten. Das einzig Wahre in dieser Vorstellung ist dieses. Alle sittlichen Gesetze sind kategorisch, und der Grund hievon beruht darin, daß sie nicht materielle Zwecke voraussetzen, daß z. B. das Recht nicht darum Recht ist, weil die Handlung gewissen empirischen Zwecken entspricht, und in so ferne zwar als die Strafgesetzgebung des Staates eine Rechtsgesetzgebung seyn soll, muß sie ebenfalls kategorisch oder absolut, nicht aber, wie man will, in dem Sinne seyn, als wäre dieser Imperativ unerforschlich und von dem Rechtsprinzip selbst independent, und unableitbar.

Was wir bisher von der Unstatthaftigkeit der Ansicht eines Bergks. ꝛc. in Betreff des Strafrechtes überhaupt oder seiner Nachweisung im Allgemeinen sagten, dies läßt sich auch auf den Grundsatz anwenden, welcher von diesen Gelehrten über die Gränze der Strafbefugniß oder den Maasstab der Strafen aufgestellt wird. Nach ihnen soll nämlich das Prinzip der Wiedervergeltung das einzig richtige Criterium der Größe der Strafbarkeit seyn. Allein ohne den Zusammenhang dieses Prinzips mit der Rechtsidee selbst nachzuweisen, stellt man es vielmehr als etwas absolut und durch sich selbst gültiges dar. Man vergißt hiebey, daß selbst nach den eignen Ansichten dieser Schriftsteller, wenn sie consequent durchgeführt werden, lediglich eine materiale, keineswegs aber for-

male, Rechtlichkeit, dergleichen Strafarten nachgewiesen wird. Wenn ein Mensch, sagt Tiefstrunk *) seinen unfriedlichen Nachbarn wieder unfriedlich behandelt, so handelt er zwar materialiter recht, keiner thut der Materie nach dem andern Unrecht, denn jedem geschieht, was mit seiner Maxime übereinstimmt, sie vergelten gleiches mit gleichem, dagegen ist ihre Handlung der Form nach offenbar ungerecht. Was hier Tiefstrunk von dem angeführten Falle sagt, muß auch sodann gelten, wenn jemand, der die Rechte anderer verlezt, oder ein Verbrechen begeht, nach der seinem Verbrechen zu Grunde liegenden Maxime, das ist, der Wiedervergeltung, gerichtet und bestraft wird. Die Reaktion, welche hier gegen den Verbrecher in ganz gleicher Art geschieht, ist blos eine material, keineswegs aber eine formal rechtliche, worauf einzig doch alles ankömmt.

Zwar glauben einige, die Realität dieses Prinzips durch das Gesetz der wechselseitigen gleichen Reaktion zu vermitteln, welches, so wie geltend, in der physischen, auch in der juridischen Weltordnung herrschen müße; Allein die Realität dieses Gesetzes für die rechtliche Ordnung, leuchtet wohl nicht von selbst und unmittelbar ein, und so ist denn auch diese Vermittlung vor der Hand eine blos willkührliche. Schon daraus, daß von einigen, wie neuerlich geschehen ist, **) das Prin-

---

*) am angef. Ort Th. II. S. 59.

**) Zachariä: Wissensch. der Gesetzgeb. Leipzig 106. S. 146.

zip der Wiedervergeltung lediglich als ein regulatives Gesetz aufgestellt wurde, ergiebt es sich, daß seine Gültigkeit von darum bezweifelt werden müße, weil alles, was die Vernunft in praktischer Hinsicht als Gesetz aufstellt, nicht wie in ihrem theoretischen Gebrauche, blos regulativ, sondern wirklich bestimmend und constitutiv ist.

Ganz gegründet ist es daher, den rechtlichen Zusammenhang zwischen Verbrechen und Strafen als einen bedingten und relativen anzusehen; eine Ansicht, welche sowohl der Präventionstheorie, als der von Herrn Feuerbach aufgestellten zum Grunde liegt. Beyde Theorien gehen davon aus, daß sie nachzuweisen suchen, daß das Uebel, welches eines Verbrechen wegen zugefügt wird, mit der wechselseitigen Freyheit zusammenhänge. Sie suchen das Faktum der Bestrafung durch Subsumtion unter das Prinzip des Rechtes, als rechtlich zu bewähren, und in so ferne liegt auch ihren Theorien offenbar mehr Consequenz und Haltung zum Grunde. Hiemit sey aber nicht gesagt, daß diese Theorien, oder relative Deduktionen, so wie sie von den Gelehrten gegeben wurden, außer Zweifel und völlig gewiß seyen. Vielmehr ist bereits von H. Feuerbach das Nichtige der Präventionstheorie hinreichend gezeigt worden, und was jene des Herrn Feuerbachs betrift, glauben wir gleichfalls zeigen zu können, daß sie keineswegs der Idee der Gerechtigkeit entspreche, ja sich selbst als ganz ungegründet aufhebe.

Da nicht so wohl die Frage: ob es ein Strafrecht gebe? als vielmehr jene: wie gestraft werden soll? als die einzig praktische und interessante sich darstellt, indem das Strafrecht überhaupt nie, sondern jedesmal nur im bestimmten Maaße, zur Anwendung kömmt; so werden wir mit Umgehung dessen, was von H. Feuerbach über die Ableitung des Strafrechtes selbst gesagt wurde, sogleich unsre Prüfung mit den von diesem Gelehrten geäusserten Grundsätzen über den Maasstab der Strafen beginnen.

Das ganze System der Strafen ist nach Herrn Feuerbach durch die Idee der Zweckmäsigkeit bedingt; der Gesetzgeber will und soll alle mögliche Verbrecher von Verbrechen abschrecken; daraus folgert er nun, daß jedesmal eine größere Unlust, als die zu dem Verbrechen determinirende Lust ist, mit dem Verbrechen verbunden werden müße.

Diese Folgerung ist es nun, welcher wir unsre Zustimmung versagen müssen. Ist es richtig, daß es bey dem Conflikt zweyer sich entgegengesetzter gleicher Kräfte nie zum Produkt kommen kann; so ist es auch unmöglich, daß bey gleichem Verhältniße der Lust zur Unlust es je bey dem Menschen zur Handlung, somit auch zu einem Verbrechen, kömmt. Ist nämlich die Unlust gleich der ihr gegenüberstehenden Lust, so wird eine durch die andere aufgehoben und gleichsam verschlungen; mit dieser ist aber auch jede Triebfeder zur Handlung, und, da ohne diese als ihren innern Grund keine Handlung möglich ist, auch jede

Handlung unterdrükt. *) Dagegen läßt sich nicht sagen, daß eben darum, weil Lust und Unlust sich hier das Gleichgewicht hielten, das Subject eben so gut das Verbrechen als das Gegentheil wählen würde, indem es bey beyden nichts verlöhre; denn unmöglich und dem ganzen sinnlichen Mechanismus zuwider ist es, daß bey einem solchen Indifferentismus von Lust und Unlust es je zur Handlung komme. Hieraus ergiebt sich auch sogleich, daß, da die Nothwendigkeit der Abwendung der Gefahr für den rechtlichen Zustand der Grund der Strafen nach H. Feuerbach ist, das von ihm aufgestellte Prinzip der Größe der Strafen nichts weniger als richtig sey, denn es sodert mehr als der Grund, worauf es sich stüzet, nämlich Verhütung der Verbrechen.

Aber wie, könnte man erwiedern, ist es nicht möglich, daß da, wo der Lust zum Verbrechen nur gleiche Unlust entgegengestellt wird, das Verbrechen eher erfolgen werde, ist es nicht wahrscheinlich, ja nothwendig, daß dieses immer geschehen müße? Denn verhält sich die angedrohte Unlust zur Lust wie Zukunft zur Gegenwart, und ist es gewiß, daß die Sinnlichkeit eher durch diese, als durch jene bestimmt werde, so ist es auch unausbleibliche Folge, daß da, wo das Strafgesetz nur ein gleiches Uebel enthält, das Verbrechen nie und nimmer unterbleiben werde. Man

*) Eine Bemerkung, die schon von Filangeri in seinem System der Gesetzgeb. gemacht wurde.

setze, um mich eines von Kant gewählten Beyspieles zu bedienen,*) daß zwey, während eines Schiffbruches, ein Brett erringen, das wohl den einen, nicht aber beyde zu tragen im Stande ist, wird hier nicht der eine den andern, wäre auch das Faktum mit dem Tode verpönt, von dem Brette herabzustürzen und sich zu retten suchen? — Jeder wird dies bejahend beantworten; denn ohne dies Faktum erfolgt sein Tod auf der Stelle, später aber, wenn es geschieht. Dem gegenwärtigen Uebel aber vor dem zukünftigen zu entgehen, ist ein nothwendiges in dem Mechanismus unserer Sinnlichkeit gegründetes Bestreben.

Zugegeben die Richtigkeit dieser Einwendung, so läßt sich hieraus lediglich doch nur dieses folgern, daß bey der Festsetzung der Gleichheit des Uebels, der Gewinn des Verbrechers durch die Gegenwart mit in Computation kommen müße. Aber auch nach der Theorie unserer Gegner, muß diese Berechnung mit vor sich gehen, denn nur wenn dieses ist, können sie sich Wirkung von ihrem Grundsatze versprechen. Um dieses an einem Beyspiele zu zeigen, so nehme man an, daß die mit dem Verbrechen verbundene Lust acht Grade betrage; will hier der Gesetzgeber, daß das Verbrechen unterbleibe, so darf er, vorausgesetzt, daß die Vorstellung an der Gegenwart der Lust noch einen Grad ausmache, nicht neun Grade, sondern er muß mehrere wählen. Demnach ist es klar, daß die Gegen-

---

*) Met. Anf. der Rechtslehre. S. XLI. der Einl.

wart, und ich sezte hinzu, auch die Vorstellung der Möglichkeit unentdekt zu bleiben, ein nicht zu übersehendes Moment bey der Berechnung der, der Lust entgegenstehenden Unlust seyn müße, und ist dieses, so ist auch die obige Einwendung offenbar beseitigt.

Selbst aber angenommen, daß diesem so nicht sey, angenommen, daß ein größeres Uebel, zur Unterdrückung der Verbrechen, als die hiezu determinirende Lust ist, zu wählen sey, so frage ich, um wie viel größer denn dieses Uebel seyn müße? Jeder wird mir hierauf antworten, daß es schon hinreiche, wenn das Uebel nur um einen Grad größer ist. Hier frage ich aber weiter: wie ist es dem Gesetzgeber je möglich, diese geringe Differenz zwischen Lust und Unlust zu bestimmen, wie ist es ihm anzugeben möglich, daß das Uebel nur um einen, oder nur um einen halben, einen drittel Grad, (denn auch diese sind schon hinreichend) überwiegend sey? Nie wird er dies auch mit der größten Sagacität zu beurtheilen im Stande seyn, und ist dieses, so ist auch erwiesen, daß seine Strafgesetzgebung nothwendig in Ungerechtigkeit übergehen müße. Nach H. Feuerbach nämlich, soll die Gerechtigkeit der Strafen durch ihre Zweckmäsigkeit bedingt seyn. *) Wenn nun schon durch das nur um etwas größere Uebel das Verbrechen verhütet wird, so muß, da der Gesetzgeber diese blos graduelle Differenz nie

*) Ueber die Strafe als Sicherungsm. S. 133.

treffen wird, auch die Strafgesetzgebung ein nie zu realisirendes Rechtsproblem seyn.

Noch mehr zeigt sich dieses, wenn man bedenkt, daß diese Theorie lediglich ein Spiel mit unbestimmten Begriffen sey. So gewiß es nämlich ist, daß durch größere Uebel eine geringere Lust, und in so ferne diese Grund von Verbrechen ist, Verbrechen verhütet werden können, so gewiß ist es auch zugleich, daß das angedrohte Uebel nicht nur in der Idee des Gesetzgebers, sondere auch in der Wirklichkeit, für die zum Verbrechen gestimmte Bürger selbst größer seyn müße, eine Voraussetzung, die zwar von den Anhängern dieser Theorie allerdings gemacht wird, aber unmöglich gemacht werden kann, und in jeder Hinsicht ewig zufällig ist. Da nämlich die Androhung des größern Uebels von dem Gesetzgeber geschehen soll, so muß auch dieser beurtheilen, ob jene Größe vorhanden sey, und diese seine Vorstellung muß mit der Vorstellung aller übereinstimmen; denn ist dieses nicht, so kann auch das Uebel nichts nützen, weil es die Abschreckung nimmermehr zur Folge haben wird, die es bezwecket. Eine solche allgemeine Uebereinstimmung ist aber schlechterdings unmöglich, theils weil der Begriff von Unlust und Lust ein relativer, theils weil die zum Verbrechen determinirende Lust nicht vorher gegeben ist, und auch von dem Gesetzgeber nicht durch eigene oder anderer Erfahrung anticipirt werden kann. So richtig also der von Feuerbach aufgestellte Grundsatz an sich, oder in abstracto ist, so wenig hat er Realität, sobald es

mit ihm zur Anwendung kommen soll. Im Allgemeinen läßt es sich sehr wohl sagen: es ist genug wenn ein größeres Uebel angedroht wird, aber ich läugne, daß je ein solches, versteht sich comparativ größeres, die Gränzen der Gerechtigkeit nicht überschreitendes, wird aufgefunden werden, und ist dieses, so ist eine Strafgesetzgebung in dem Sinne des Herrn Feuerbach ein bloßer Gedanke, ohne mögliche Realisation.

Wendet nicht ein, daß der Maasstab der Strafe nach jener Theorie, nicht blos aus dem bisher angegebenen Gesichtspunkte, sondern vorzüglich auch darnach zu beurtheilen sey, ob und welche Rechte wichtigere oder minderwichtigere, mehrere oder nicht, durch das Verbrechen angegriffen wurden. Abgerechnet nämlich, daß beyde Gesichtspunkte nie eine Vereinigung zulassen, ist es auch unmöglich, daß von dem erstern Prinzip der Richter bey unbestimmten Strafgesetzen in concreto je eine richtige Anwendung machen könne. Die subjective Gefährlichkeit soll nämlich aus der Größe der zum Verbrechen determinirenden Lust, diese aus den ihr zum Grunde liegenden Triebfedern, und diese wieder aus gewissen allgemeinen Prinzipien der Psychologie erkannt werden. Allein, wenn die Psychologie eine bloße Erfahrungswissenschaft ist, wenn die Grundsätze einer solchen blos comparative, nie strenge Allgemeinheit zulassen, überhaupt nicht unbedingt nothwendig sind, wie kann hieraus der Richter ein objectivgültiges Urtheil schöpfen, ein Urtheil, welches, sollen seine Strafen gerecht seyn, doch unumgänglich erfodert wird.

Nie wird er dieses bewirken, eben daher aber auch die Gesetzgebung dieser Theorie nie huldigen können.

Diesem allen tritt noch folgendes bey. Ist die Gerechtigkeit der Strafen durch ihre Zweckmäsigkeit bedingt, oder ist, wie von Almendingen sagt, *) die kluge Strafe auch die einzig gerechte, so muß nothwendig zulezt aller Unterschied zwischen Strafen und Strafen, dann zwischen Verbrechen und Verbrechen sich aufheben. Klug ist, nach von Almendigen, die Strafe, welche mit dem geringsten Opfer sinnlicher Güter die größte Summe von Rechtssicherheit erkauft. Zweyerley kömmt demnach bey dieser Strafe in Betrachtung; erstens, daß sie unter vielen andern Strafen, die gleichwohl wie sie, die nämliche Rechtssicherheit erwirken, die gelindeste, zweytens, daß unter andern gleich gelinden Strafen sie die zweckmäsigste ist. Denke man sich nun, daß ein Volk für Ruthenhiebe und Freyheitsstrafen, eine gleich große Scheu hätte, daß es sich hiedurch von dem größten Theile der Verbrechen, ja allen, am meisten abschrecken ließ, so dürfte der Gesetzgeber nie und nimmer ohngeachtet der größten Verschiedenheit der begangenen Verbrechen eine andere Züchtigung als die durch Ruthenhiebe, die gelindeste Strafart, wählen. Der, welcher einen gefährlichen Diebstahl, oder ein anderes schwereres Verbrechen begieng, wird demnach mit demjenigen, welcher geringere Realinjurien verübte, in der Bestrafung

*) Biblioth. des p. R. S. 362.

ganz gleich gehen. Wie wenig aber ein solches Verfahren mit der Idee der Gerechtigkeit, welche nie von der Größe des Verbrechens und der Schuld des Thäters abstrahiren, und lediglich nach äussern relativen Bestimmungen sich richten kann, zu vereinigen sey, dies ist auch ohne weitere Demonstrationen wohl jedem von selbst klar.

Durch das bisherige glaube ich nun erwiesen zu haben, daß die bis itzt aufgestellten Prinzipien über Criminalrechte, auf keine Weise mit der Vernunft zu vereinigen, daher auch schlechthin unzureichend seyen, eine Philosophie des Strafrechts zu begründen. Diesem zufolge müßte auch zugleich dargethan seyn, daß von einem Verhältniße der Philosophie zum Criminalrechte gar keine Rede seyn könne. Unter diesem Verhältniße kann nämlich nichts anders als die Darstellung des inneren Vereins der Strafgesetzgebung mit der Vernunft, der Beweis der Möglichkeit und Realität eines wissenschaftlichen Criminalrechts verstanden seyn. Ein solcher Beweis ist aber nach dem Obigen bishieher noch nicht dargelegt, folglich auch aller Zusammenhang, jedes innere Verhältniß zwischen Philosophie und Criminalrecht gänzlich in Abrede zu stellen.

Vielleicht liegt aber der Grund hievon darin, daß man bishieher den innern und äußern Menschen zu sehr von einander trennte, daß man das Wesen des Staates, so wie die Idee der Gerechtigkeit, zu einseitig auffaßte, daß man einer Philosophie huldigte, die nur mit Begriffen und Deduciren befangen, das Wesen

der Vernunft und mit diesem das wahre Wesen der Philosophie gänzlich verkannte.

Wirklich wird dieses von mehreren und vorzüglich von Herrn Hencke *) behauptet. Er glaubt, daß eine Ableitung, oder sogenannte Deduktion des Strafrechtes, ein durchaus nichtiges und verkehrtes Unternehmen sey, ein Unternehmen, wobey ganz die Hoheit der Ideen, hier die Hoheit der Idee der Gerechtigkeit, verkannt werde. Wie diese, so auch entziehe sich die Idee der Vergeltung, der Grund und das Prinzip aller Strafen, dem begreiflichen Wissen, einzig auf unmittelbare Wahrnehmung der Vernunft sich stüzend und durch diese sich bewährend.

Es ist wohl zu bemerken, daß die Idee der Gerechtigkeit von Herrn Hencke nicht in einem beschränktern und von allen ethischen Beziehungen getrennten Sinne genommen wird. Die Vergeltung bezieht sich, wie die Strafe, nicht blos auf die äußere That; der Verbrecher soll durch sie mit sich selbst, so wie mit der Gesellschaft ausgesöhnt werden, welches einzig nur durch Besserung geschehen kann, daher auch die Strafe, so wie das Verbrechen, nicht blos etwas objectives und äußeres, sondern ideales und inneres ist.

So gewiß es seyn mag, daß alles Erkennen und Seyn der Vernunft ein unmittelbares, von nichts äußeren abhängiges, ist, so gewiß es ist, daß von ei-

*) Ueber den Streit der Strafrechtstheorien und deren endliche Versöhnung. Regensburg 1810.

nem Begründen und Deduciren, im Bezug auf dieses unmittelbare Wissen und Seyn, keine Rede seyn kann, so unbezweifelt ist es doch auf der andern Seite, daß derjenige, der da von einer Wissenschaft spricht und sie behandelt, die Idee, welche die Wissenschaft beherrscht, auch ihrem Wesen nach darstellen müße, indem die Wissenschaft nichts anderes, als die äussere ideelle Darstellung des innern Organismus der Vernunft ist. Diesemnach hätte man vor allem von Herrn Hencke erwarten sollen, daß er das Wesen der Idee der Gerechtigkeit kennbar gemacht hätte, eine Operation, bey welcher er der Hülfe des Verstandes um so weniger hätte entbehren können, als dieser, obgleich selbst nicht produktiv, doch das Mittel der Darstellung alles ursprünglichen und produktiven Wissens, und in so ferne das wahre Instrument für jeden Philosophen, so wie der Philosophie als äusseren Darstellung, ist.

Statt uns aber über das Wesen dieser Idee etwas kenntlicheres zu sagen, wird von Herrn Henke, wie bereits bemerkt, die Gerechtigkeit mit der ethischen Idee gleich gestellt, und mußte auch dies geschehen, wenn nach ihm die Vergeltung, des Staates nicht blos auf die äussere That, sondern vorzüglich und einzig auf die innere Schuld des Verbrechers sich beziehen soll. Wenn nun diese Identität von jedem leicht von darum bezweifelt werden kann, als sich ihm die Gerechtigkeit ebenfalls vermöge unmittelbaren Bewustseyns, lediglich als etwas die äusseren Verhältniße

des Menschen regulirendes, darstellt, wenn zum Belege dieses Bewußtseyns, und daß die Gerechtigkeit nie anders gehandhabt werde, er sich auf unwiederlegliche Data bezieht, so kann mit der Theorie des Herrn Henke dem Denker gewiß nicht gedient seyn. Schon von darum wird dieses der Fall seyn, als das Zerfallen der Natur oder der Wissenschaft, auf dem theoretischen Standpunkte, in eine ideale und reele Seite, so wie in Ideal- und Naturphilosophie, auch von dem praktischen Standpunkte aus, jeden zur Annahme einer solchen doppelten Seite hindrängt. Das Reele stellt sich hier in der Gerechtigkeit, so wie das Ideale in der innern Sittlichkeit dar; und wie sich das Absolute hier vergeistigt, trit es dort als ein äusseres und verkörpertes hervor. Eben daher der Naturzwang, der dem Rechte anhängt, und die Nothwendigkeit, die, als herrschendes Gesetz, durch alle seine Theile geht.

Bey dem unbezwinglichen Gefühle, daß die Gerechtigkeit lediglich die äusseren Verhältniße der Menschen berücksichtige, bey der Einsicht, daß selbst von dem Standpunkte der Wissenschaft aus, das Wesen der Gerechtigkeit lediglich auf diese Art hervortreten müße, kann die Behauptung: nur die moralische Vergeltung sey der Maasstaab aller Bestrafung des Staates, nur in ihr spreche sich die Gerechtigkeit aus, vor der Hand nicht anders, als eine blos willkührliche, betrachtet werden. Gleiches gilt von der Bemerkung, daß durch die Beschränkung der Gerechtigkeit auf blos äussere Verhältniße mit Aufhebung der innern, die

Idee dem Begriffe untergeordnet, und blos eine formale Gleichheit zwischen Verschuldung und Buse gesetzt werde. Ja, geht man näher in diese Bemerkung ein, so stellt sich in ihr eine offenbare Verwechslung von Begriffen, und mit dieser der ganze Ungrund derselben dar. Jede Idee als modus des Erkennens der Vernunft, bezieht sich auf ein inneres Seyn, oder, wenn man dieses Seyn Verhältniße nennen will, auf innere Verhältniße; das äussere ist des zufällige, vergängliche, das formale, was durch den Begriff dargestellt wird. Wer nun wird diesen Unterschied zwischen Seyn und Seyn, zwischen Verhältniß und Verhältniß, in Beziehung auf die Idee der Gerechtigkeit, auf das wahre Wesen des Rechts, in dem Sinne anwenden wollen, daß sie sich lediglich auf innere Verhältniße des Menschen beziehe; wer wird sagen wollen, daß eine äussere Vergeltung blos eine formale sey, und durch sie die Idee dem Begriffe untergeordnet werde? Wird hier nicht ein loses Spiel mit Worten und Begriffen, die sonst ganz etwas anderes sagen wollen, getrieben? Und solch ein Spiel, sollte es wohl die Stelle einer klaren Ansicht und ledendigen Erkenntniß der Sache für uns vertretten können? Durch das innere Seyn soll lediglich das wahrhafte, und da alles wahre Seyn, ein Seyn in den Ideen ist, das Seyn in den Ideen ausgedrückt werden; das Seyn ist ein Relationloses. Ist nun das relativfreye, welches in der Idee der Gerechtigkeit dargestellt wird, die Unabhängigkeit des Wesen des Rechts von allen äusseren, eins

und identisch mit ihrer Beziehung auf innere und äussere Verhältniße des Menschen. Wer dürfte dieses behaupten wollen?

Wenn aber diesem so ist, so ist durch die Lehre des Herrn Henke weder für eine wahre Ansicht der Vergeltungslehre des Staates etwas befriedigendes gesagt, noch gegen die älteren etwas erhebliches bemerkt.

Ueberhaupt, wenn auch die Idee der Gerechtigkeit in ihrer höheren Beziehung mit der des sittlich Schönen sich vereinigen und sich in ihr integriren sollte, so muß dennoch der Rechtslehrer seine Wissenschaft hievon ewig so frey halten, als der Physiker, will er seine Wissenschaft rein construiren, das intelligente Prinzip immer entfernen muß.

Nibler *) will den Grund der Strafen in dem Wesen des Staates, als eines organischen Ganzen, finden. Er sagt: daß, wie im Organismus, das verletzende Glied den nämlichen Schmerzen wie das verletzte, empfinde, ebenfalls der Verbrecher das nämliche erleiden müße, was er andern zugefügt hat. Auch zugegeben, daß der Staat nicht etwa blos figürlich, sondern wahrhaft, und seinem ganzen Wesen nach, ein Organismus sey, so ist doch das Niblerische Argument nichts weniger als bindend und gewiß. Fühlt nämlich, bey jeder Verletzung im Organischen, in

---

*) Der Staat aus dem Organismus des Universums entwickelt. Landshut 1803. S. 127.

jedem Einzelnen auch das Ganze, und ist das Verbrechen eine Verletzung aller in allen, so hat, so gewiß dieses ist, der lädent oder Verbrecher durch sein Verbrechen schon selbst sich mit lädirt, oder seine Verletzung war nicht die eines Organism. Und dann, was würde die Strafe, die er erleidet, anders, als gleichfalls ein Uebel seyn, in welchem das Ganze mit empfindet, das also nicht allein den Verbrecher, sondern auch alle in dem Verbrechen trift.

Werfen wir einen Blick auf die bisher angeführten Philosopheme über Criminalrecht, so finden wir, daß diejenigen, welche, wie Kant, Bergk und Tieftrunk, den Zusammenhang zwischen Verbrechen und Strafe als einen absoluten behaupten, dem Geiste ihrer Philosophie, welcher auf Deduktionen beruhet, ungetreu werden, daß hingegen Feuerbach und andere, welche das Strafrecht aus dem obersten Prinzip des Rechtes abzuleiten suchen, uns eine Strafgesetzgebung vorlegen, welche in ihrem endlichen Resultate aller Realität ermangelt. Diejenigen, welche einem unbedingten und unmittelbaren Erkennen huldigen, welche die Vergeltung, als etwas in der Idee der Gerechtigkeit unmittelbar sich kund thuendes, darstellen, geben dadurch, daß sie diesen inneren Zusammenhang nicht darzustellen vermögen, nicht des geringste Licht für die Wissenschaft. Sie stehen auf Einem Punkte mit Kant, welcher durch seinen kategorischen Imperativ auf den gleichen Zusammenhang, als etwas unerforschliches hinwies. Sey es, daß alles Seyn und Wissen

durch Vernunft, in einem inneren, dem Wesen nach identischen Verbande, nicht aber in einem äussern, wie Folge zum Grunde, steht; sey es, daß das Wesen der Gerechtigkeit gerade mit darin besteht, daß Verbrechen bestraft werden, und daß es ohne dies gar keine Gerechtigkeit geben könne, so muß doch der Philosoph, will er hierüber eine klare Einsicht verschaffen, anch das Wesen dieser Idee, und damit auch jenen inneren Zusammenhang darzustellen vermögen.

Das Resultat des vorgetragenen ist, daß auch nach den Philosophemen der neuern Schule, die Einsicht in den Zusammenhang zwischen Verbrechen und Strafen nicht klar geworden sey. Demnach, und wäre das Verhältniß der Philosophie zum Criminalrecht einzig nach diesen Versuchen zu beurtheilen, konnte fernerhin von einem solchem Verhältniße, oder Verbindung beyder, keine Rede mehr seyn.

Da die Philosophie, den Behauptungen unserer Criminalisten zu Folge, nicht nur mit der eigentlichen Strafrechtswissenschaft, *) sondern auch mit dem positiven peinlichen Rechte in einer Verbindung steht, auch in diesem vom Gebrauche ist, so sey mir erlaubt, auch in dieser Hinsicht, über Philosophie in ihrem

*) So wollen Grelman und Tittman, das allgemeine oder natürliche peinliche Recht, zum Unterschied des positiven, als einer Strafgesetzgebungskunde benannt wissen. Der Name peinliche Rechtsgelehrtheit ist für das leztere, da er die Qualität dieses Wissens als bloses historisches darstellt, wohl bezeichnender.

Verhältniße zum Criminalrecht, noch einige Worte zu sprechen.

Ganz allgemein zugestanden ist es, daß die Philosophie, ihrem formellen Theile nach, wie auf die positive Jurisprudenz überhaupt, so auch auf das Criminalrecht Einfluß habe. Die bisherige Bearbeitung dieses Rechtstheils kann dies allein schon zur Genüge erweisen. Die Verbindung und Zusammenstellung einzelner Verbrechen, wie sehr hat sie sich seit Böhmers Zeiten in den Lehrbüchern verändert? Während in den früheren Zeiten mit der Nothzucht, dem cirmen raptus, die einfache Schwächung, und mit dieser wieder das Adulterium in einer Linie aufgestellt ist, findet man in den neueren Compendien dies alles getrennt, und Verbrechen, die eine Rechtsverletzung in sich schließen, mit Verbrechen, die gleiches involviren, verbunden. Weit mehr, wie vorher, wurde die logische Verwandtschaft der Begriffe in das Auge gefaßt, nach dieser eine natürlichere Classifikation versucht, und während man auf diese Weise sowohl, als durch andere noch bedeutendere Verbesserungen, mehr Einheit in diesen Rechtstheil brachte, hat man klar und durch die That selbst ausgesprochen, daß der Einfluß der Philosophie, ihrem formellen Theile nach, auf das positive Criminalrecht unverkennbar sey.

Inzwischen, so anerkannt dieser Einfluß ist, so zweifelhaft scheint es doch, ob auch, in materieller Hinsicht, die Philosophie einigen Gebrauch in dem positivesin peinlichen Rechte habe. Nach der Lehre eines

Feuerbach, hat dies zwar kein Bedenken. Bey Anwendung unbestimmter Strafgesetze kann, so sagt er, der Richter nur durch die, der Strafgesetzgebung überhaupt zum Grunde liegenden Prinzipien geleitet werden. Diese Prinzipien können keine anderen seyn, als welche die Natur der Strafe mit sich bringt, und muß hievon auch der Gesetzgeber um so gewisser ausgehen, als strafen, und nicht zugleich die Natur der Strafe wollen, denselben in einen Widerspruch verwickeln würde. Aus der Analyse des Wesens der Strafe und Strafgesetze zeigt es sich nun, daß bey jedem Verbrechen und dessen Bestrafung einzig auf die mit dem Verbrechen verbundene Gefährlichkeit gesehen werden müße; da es nämlich, fährt er fort, ausser der Immoralität und der äussern Gefährlichkeit einer Handlung, kein Drittes giebt, der Criminalgesetzgeber aber als Rechtsgesetzgeber erstere nicht berücksichtigen kann, so muß nothwendig der ganze Geist seiner Gesetzgebung nur mit der letzteren anfangen und endigen.

Ich gebe zu, daß der Richter, so bald ihn bestimmte und ausdrückliche Gesetze verlassen, zu dem Geiste der Gesetzgebung überhaupt seine Zuflucht nehmen müße; dennoch kann ich mich nicht überzeugen, daß mit diesem Zugeständniße auch sogleich der materielle Gebrauch der Philosophie in unserem positiven Criminalrechte anerkannt sey. Erst dann ließe sich dieses behaupten, wenn bewiesen wäre, daß unsere Strafgesetzgebung schlechterdings von keinem andern Geiste

ausgegangen sey, als jenem, welchen die Natur der Strafen, nach Feuerbach, mit sich bringt. Daß aber dieses sich nicht so verhalte, dies, dünkt mich, könnte leicht dargethan werden.

Wie bekannt, ist die Carolina die Hauptquelle unserer positiven Criminaljurisprudenz, ein Produkt eines eben nicht aufgeklärten Zeitalters; ihr Geist ist nichts weniger, als der, einer geläuterten Philosophie, und ihre Strenge oft ganz mit der Gerechtigkeit und Humanität im Widerspruche. Waren in den trüben Jahrhunderten die Begriffe von Strafen verwirrt, dachte man sich die Strafe als Rache, die Schmerzen des Beleidigers als eine Art von Genugthuung, das Verbrechen als Sünde, die von der höchsten Gewalt, als Stellvertreterin der Gottheit, bestraft werden müßte; *) wie kann, frage ich, die Analyse der wahren Natur der Strafen und Strafgesetze, wie kann die Philosophie vom materiellen Gebrauche in dem positiven Criminalrechte seyn? Ist es möglich, daß das Jahrhundert eines Carls, welches jene frühere so nahe berührte, frey von diesen Ansichten und Begriffen gewesen sey? und wenn dieses nicht war, wenn auch dieses Zeitalter noch von diesen Vorurtheilen umstrikt war, wie lassen sich die Grundsätze von der Natur der Strafe und des Strafgesetzes mit unsern positiven Gesetzen in Einklang bringen? Nur zu sehr beweisen diese positiven Satzungen, daß auch Carl auf keine Weise von jenen Vor-

*) Revision ꝛc. Th. I. S. 205. 206. 207.

urtheilen sich losgerissen hatte. Auch von ihm wurd manches als Verbrechen gestempelt, was bloße Sünde ist, auch er adoptirte die Immoralität und deren Prinzipien als Regulativ der Strafbarkeit; auch der Richter kann sonach, wenn er dem Geiste unserer positiven Criminalgesetzgebung huldigen will, nichts weniger als den von Herrn Feuerbach aufgestellten Prinzipien folgen. — Gegenwärtige Betrachtung über die Gründe der objectiven Strafbarkeit möge dies näher erweisen.

Nach Feuerbach soll bey Beurtheilung der objectiven Strafbarkeit auf den Werth des Rechtes, das ist, auf seinen Zusammenhang mit dem Zwecke des Staates gesehen werden; oder wie es in der neuern Lehre heißt, je wichtiger das Recht ist, und je mehr Rechte durch das Verbrechen angegriffen werden, desto grösser oder geringer ist auch die Strafbarkeit in objectiver Hinsicht.

Daß nach dieser Ansicht die Polizeyvergehen die geringste Strafe verdienen, unterliegt, hoffe ich, nicht dem geringsten Zweifel. Da nämlich Polizeyvergehen nicht ursprünglich eine Rechtsverletzung, sondern nur mittelbar von darum in sich enthalten, weil der Staat das Recht hat, alles zu verpönen, was den Hülfszwecken des Staates widerstreitet, so ist evident, daß Polizeyvergehen die wenigst gefährlichen für den Staat sind. Ausdrücklich sagt dies H. Feuerbach in der Revision selbst. Wie wenig aber diese Ansicht mit unserm positiven peinlichen Rechte zu vereinigen sey, geht schon daraus hervor, daß Polizeyvergehen oft eben so

hart, wo nicht härter, als die größten Rechtsverletzungen bestraft werden. Wer kennt nicht unter andern die Strafe der Sodomie? Dieses Verbrechen, obgleich an sich bloßes Polizeyvergehen, soll mit dem Feuer bestraft, die qualificirte Kuppeley, soll, ausser der Infamie, die Todesstrafe nach sich ziehen. Wie wäre dieses alles wohl möglich, läge das von Feuerbach aufgestellte Prinzip der objectiven Strafbarkeit unserer positiven peinlichen Gesetzgebung wirklich zum Grunde? Wie wäre es möglich, daß in Hinsicht der Blasphemie, so schwere Verordnungen hätten ergehen können? Unterlassene Anzeige derselben soll schon als Concurrenz zu diesem Verbrechen angesehen werden, eine Verordnung, wodurch dieses Verbrechen gewissermassen dem Hochverathe gleich gestellt wird, welcher doch, wie bekannt, unter allen Verbrechen das schwerste und gefährlichste ist. *)

Wendet nicht ein, daß die angeführten Verbrechen nur Ausnahmen von der Regel bildeten, daß es nur Fehler in der Subsumtion, auf Seite der Urtheilskraft, gewesen sey, wenn sie so scharf und strenge verpönt wurden; die diverse Natur dieser Verbrechen stellt sich auch dem ungeübtesten Auge so klar dar, daß es unmöglich ist, hier einen bloßen Irrthum in der Subsumtion zum Grunde legen zu wollen; und mag

---

*) vergl. Henke Criminalistische Versuche, S. 45. 46. wo diese hier früher geäusserten Ideen gleichfalls, aufgenommen sind.

es auch seyn, daß in der Sodomie, wie Feuerbach sagt, ein hoher Grad von Verworfenheit sich zeige, daß sie von großen politischen Nachtheilen sey, dennoch kann die Härte ihrer Bestrafung, nimmt man die von Feuerbach aufgestellten Prinzipien der objectiven Strafbarkeit an, nie und nimmer gerechtfertiget werden. Eben so lassen sich die übrigen obengenannten Verbrechen nie den eigentlichen Rechtsverletzungen, am wenigsten dem wichtigern und gefährlichern, gleich setzen. Selbst da, wo man mit Feuerbach *) die Blasphemie als eine Verletzung der Rechte mehrerer ansehen wollte, würde dennoch dieses Verbrechen, wie zum Theil geschehen, dem Hochverrathe nie zu verähnlichen seyn, mit dessen Existenz die Bedingung der Realität aller Rechte, daß ist, der Staat selbst dahinfällt. Bedenkt man nun, daß die Blasphemie von den Gesetzen nie aus dem Gesichtspunkte betrachtet wurde, von welchem Feuerbach ausgeht, so ist noch einleuchtender, daß dieses Verbrechen nichts weniger als jene Behandlung verdiene. Den Ansichten unserer Legislationen zufolge, war dieses Verbrechen reine Immoralität, Verachtung und Herabwürdigung des Göttlichen, daher, nach Feuerbach, bloßes Polizeyvergehen und nichts weiter.

Selbst die Strafen derjenigen Verbrechen, welche wahre Rechtsverletzungen in sich enthalten, wie wenig

*) Lehrbuch §. 305.

sind dieselben, mit den von Feuerbach aufgestellten Prinzipien der objectiven Strafbarkeit, zu vereinigen? Der Ehebruch, wie der Raub werden in der Bestrafung, und mit diesen wieder die Nothzucht, ganz gleich gehalten, und doch ist es gewiß, daß jedes dieser Verbrechen nicht gleich gefährlich für den Staat ist, Fälle, deren es noch mehrere giebt, die eben so bekannt sind, als durch sie die oben von uns, gegen Feuerbach, aufgestellte Behauptung erwiesen ist.

Ist der Geist einer Gesetzgebung nur durch Abstraction der in den einzelnen Bestimmungen herrschenden Ideen erkennbar, und zeigt es sich nach dem von uns vorher erwiesenen, daß der Geist der positiven peinlichen Gesetzgebung nimmermehr in den, von Feuerbach angegebenen Prinzipien beruhen könne; so ist auch ohne weiteres klar, daß die von ihm angegebene Natur der Strafe und des Strafgesetzes, nicht blos, wie Feuerbach will,*) in so ferne nicht Quelle des positiven Criminalrechtes sey, inwieferne dieselbe ausdrücklichen Verordnungen widerspricht, sondern daß sie es ganz und gar nicht sey, indem das ganze Wesen unserer Criminalgesetzgebung dieser entgegensteht. Unsere Criminalgesetzgeber haben sich bey ihren Bestimmungen nicht blos an die Analyse der Strafe und des Strafgesetzes, und den Zweck der Abschrekung gehalten; die Idee der Züchtigung war ihnen

---

*) Lehrbuch §. 6.

nicht eine mit jener, die von unsern gegenwärtigen Philosophen aufgestellt wird. Schon aus den oben angeführten, und aus Feuerbachs Revision selbst herausgehobenen Vorstellungen, geht dies mehr als hinreichend hervor, und Niemand wird nach demselben behaupten wollen, daß die Würdigung der Verbrechen in ihrer Relation zu dem Rechtszustande, was nämlich ihre objective Seite betrift, der wahre und durchgreifende Gesichtspunkt sey. *) Bis auf die neueren Zeiten wurde von unsern Philosophen und Rechtsgelehrten das Wesen des Staates nicht einseitig in den Schutz der Rechte gesetzt, und daß auch gleiches nicht von einem Carl und den römischen Juristen geschehen sey, wer möchte dieses bezweifeln wollen? Sicherlich hatte der Römer jene Trennung zwischen Moral und Recht noch nicht vorgenommen, noch nicht beyde so gesondert, wie es in unsern Tagen geschehen ist. Beyde standen ihm noch in dem innersten Einklange, wie die Geschichte des philosophischen Rechtes erweißt, und daß dieses auch in einem Staate, wo das religiöse Prinzip alles durchgrief und leitete, wie in Deutschland gewesen sey, das, glaube ich, möchte ebenfalls keines näheren Beweises bedürfen.

Bey einem historischen Wissen, wie dies in der

---

*) Nach diesem mag auch beurtheilt werden, was Feuerbach Th. 2. ꝛc. Rev. S. 8. und 9. von dem Stupro violento sagt.

positiven Jurisprudenz offenbar statt findet, muß auch der Geist des Zeitalters, in welchem eine Gesetzgebung zu Stande kam, immer und vor allen berücksichtiget werden; denselben in die Form des jedesmal wechselnden philosophischen Systemes prägen zu wollen, ist ein Unternehmen, das sich immer über kurz oder lange selbst vernichtet. So wie nämlich eine Philosophie durch die andere verdrängt wird, so wird auch der Kampf über die der positiven Gesetzgebung zum Grunde liegenden Prinzipien ein ewiger seyn. Nach Feuerbach soll alle Freyheit aus der Lehre der juridischen Imputation verbannt, ihre Realität blos auf das Gebieth der Ethik beschränkt werden; nach Häcker *) ist Freyheit auch im Criminalrechte nothwendiges Requisit bey Imputirung der Verbrechen. Auf wessen Seite steht nun die Wahrheit? Bey beyden wird man sie finden, je nachdem man den Grundsätzen des Criticismus oder dem neuern Idealismus in seiner frühern Gestalt huldigt, dieser geht durch und durch von Freyheit aus, und so wie ihm die Autonomie Prinzip der ganzen Philosophie ist, so ist auch das Wollen in seiner Allgemeinheit nur durch Selbstbestimmung denselben erklärbar. Dagegen geht mit Kant dem Sterblichen nnr dann, wenn ihm der höhere Ruf des ethischen Gesetzes erschallt, jene übersinnliche Welt

*) Ueber das oberste Prinzip der Strafwürdigkeit. Würzburg: 1803.

auf, wo er sich losgerissen von derselben, als wahres Ding oder Ich an sich, inne wird. Ueber die Realität ihrer Ansicht liegen nun beyde Parteyen im Kampfe, und wer sollte bey einem solchen Conflicte es wagen dürfen, Anwendungen von ihren Lehren auf eine positive Gesetzgebung zu machen, die vielleicht von beyden kein Element, oder wenigstens in ganz anderer Gestalt in sich trägt?

Ueber
den §. 3. des Kleinschrodischen Entwurfs eines peinlichen Gesetzbuches für die Kurfürstlich nunmehr Königl. Baierischen Staaten.

Der §. 3. des gedachten Entwurfes einer peinlichen Gesetzgebung bestimmt:

Wenn ein Verbrechen vor dem §. 1. bestimmten Zeitpunkte, verübt ward, nachher aber erst in Untersuchung kömmt, oder der zuvor angefangene Prozeß noch nicht geendigt ist, so ist dieses Verbrechen nach den gegenwärtigen Gesetzen, in dem Falle zu beurtheilen, wenn diese Gesetze gelinder sind, als die bisher gültigen.

Dieser Bestimmung gerade entgegen, hat Bambergs neue Criminalgesetzgebung verordnet, *) daß die neueren Gesetze auf vorhergegangene Verbrechen, selbst in dem Falle nicht angewendet werden sollen, wenn diese zur Zeit der Bekanntmachung der Gesetze noch

*) Entwurf zur neuen Bamberg. peinl. Gesetzgebung 2te Aufl. 1799. §. 3.

nicht untersucht, oder abgeurtheilt wurden. Die einzige Einschränkung wird beygefügt, daß Verordnungen, die den Prozeßgang betreffen, sogleich vom Tage der Bekanntmachung des Gesetzes an, zur Ausübung kommen, mithin auch bey denjenigen Verbrechen eingehalten werden sollen, die schon vor der Publication verübt wurden, so ferne nur die Untersuchung noch nicht angegangen oder geendigt war.

Da bey jedem Uebergang einer Gesetzgebung in eine andere Gestaltung, bey jedem neueren Criminalcodex, diese Frage sich von selbst aufdringt, so möchte bey der Verschiedenheit der Bestimmungen zweyer eben nicht uninteressanter Entwürfe, es nicht ohne Nutzen seyn, diese Frage etwas genauer zu erörtern.

Daß es dem Gesetzgeber erlaubt seyn müße, neuere, gleichwohl zur Zeit des begangenen Verbrechens noch nicht existente prozessualische Verordnungen, bey Untersuchung dieses in Anwendung kommen zu lassen, wer würde je dieses bezweifeln wollen? Die prozessualische Bestimmungen sind zunächst und lediglich für den Richter zu dem Ende gegeben, um das Verbrechen, dessen Urheber, und die Grade der Strafbarkeit sicher auszumitteln. Die Aenderung und Anwendung solcher Prozeßnormen gehört zu den unveräusserlichen Rechten des Staats so gewiß, als gewiß der Verbrecher durch eine vermeintliche, auf die ältere Normen ihm zukommende Befugniß, die Anwendung des neueren Verfahrens nicht verhindern kann. Das Untersuchungsverfahren steht nicht in jener Verbindung

mit dem Verbrechen, in welchem die Strafe zu diesem steht, und nicht so wie durch das Delikt eine gewisse bestimmte Strafe, wird auch durch dasselbe ein Recht auf einen bestimmten Prozeßgang erwirkt. Dafür, daß gegen den Verbrecher die zur Zeit des begangenen Verbrechens bestandene Strafbestimmungen in Anwendung kommen, lassen sich mehrere, dafür aber, daß auch dieselben Prozeßnormen anzuwenden seyen, keine Gründe in der Natur der Sache entdecken. Die Tendenz der neueren Prozeßordnung ist keine andere, als, wie es dem Gesetzgeber dünkt, durch zweckmäßigere Bestimmungen, sowohl die Schuld als Unschuld, näher zu entdecken, und zu sichern. Wie nun, in diesem Falle, durch die neuern Verordnungen dem Verbrecher eine Wohlthat, so auch geschieht ihm, in dem erstern Falle, kein Unrecht; denn, daß das Verbrechen ganz an das Licht gestellt werde, daß auch keine seiner Schatten-Seiten verborgen bleibe, fodert Gerechtigkeit und Vernunft, und eine Befugniß des Verbrechers zum Gegentheile, wäre eben so widersprechend als lächerlich.

Die Anwendung der neuern, den Prozeßgang betreffenden Bestimmungen, soll, nach dem Bamberger Entwurf, nicht nur da, wo die Untersuchung noch nicht angefangen, sondern auch, wo sie noch nicht geendigt ist, geschehen. Wie die erstere, verdient auch die leztere dieser Verordnungen allen Beyfall. Man denke sich, daß das Verfahren nach den ältern Gesetzen bereits bis zur Tortur vorgerückt sey, daß diese hätte

vorgenommen, der Reinigungseid hätte abgelegt, oder mehreres andere, durch den neuern Codex abrogirte, hätte geschehen sollen. Daß dieses auf dem Grunde jener obigen Bestimmung nun gänzlich unterbleibt, wer wird dies anders, als vernünftig und lobenswerth finden? Die Einwendung, daß hiedurch Inconsequenz in den Gang der Untersuchung gebracht, derselbe eine Mischung heterogener Elemente werde, kann von darum keine Rücksicht verdienen, als diese Inconsequenz, wenn sie auch bestünde, durch das Vortheilhafte jener Verordnungen weit überwogen wird; sie ist aber auch nur scheinbar, indem das Unzweckmäsige in einem Verfahren selbst seine größte Inconsequenz ist, und durch das Hinweglassen dieses, das Ganze nicht mißgestaltet, sondern vielmehr, so wie durch das Hinzufügen vernünftiger Bestimmungen, erst zur Einheit mit sich selbst gebracht, und zu dem wird, was es seinem Wesen nach ist, und seyn soll.

Demnach wird man nicht umhin können, zu bedauern, daß diese, dem Bamberger wie dem Quistorpischen Entwurfe eigene Bestimmung, nicht in den Entwurf eines Kleinschrods aufgenommen wurde, eine Aufnahme, die um so wohlthätiger gewesen seyn würde, als zur Zeit der Fertigung dieses Entwurfes, manche von Kleinschrod proscribirte, nicht zu billigende Verordnungen, in den Baierischen Landen bey dem Criminalverfahren bestanden. Die oben, aus Kleinschrods Entwurf herausgehobenen Worte, geben klar zu erkennen, daß er nur auf das Verbrechen oder dessen

Strafbarkeit, keineswegs aber auch auf den Prozeß-gang, die neueren und zweckmäsigeren Bestimmungen in Anwendung gebracht wissen wolle.

Wir haben gesehen, daß die Bestimmung der neuern Bambergensis, in Beziehung auf prozessualisches Verfahren, eben so trefflich als natürlich sey. Ob dies nun auch von der Verordnung gesagt werden könne, welche bestimmt, daß jedes, nicht nach der Publication des neueren Codex verübte Verbrechen, nach den ehehin bestandenen Gesetzen bestraft werden soll, ob hier nicht Kleinschrods Bestimmung den Vorzug verdiene? dies ist eine andere, gleichfalls hier näher zu erörternde, ja eigenllich die Hauptfrage.

Ist es Grundsatz, daß in Civilsachen jede Handlung nur nach dem zur Zeit ihrer Existenz geltenden Rechte beurtheilt werde, so ist nicht abzusehen, warum in Criminalsachen eine Ausnahme von dieser Regel statt finden soll. Die durch das Gesetz für das Verbrechen gedrohte Strafe wurde durch diese gesetzliche Bestimmung, als unbedingt nothwendige Folge der That erklärt, und da der Verbrecher, durch die Androhung, das bestehende gesetzliche Uebel kannte, warum sollte ihm dieses nicht, sondern ein ganz anderes zugefügt werden? Zu diesem kömmt, daß, wenn der leztere Verbrecher, bey gleicher Missethat, gelinder als andere, die nicht so glücklich waren in die Publicationsperiode der neuern Gesetze zu fallen, bestraft werden sollte, der Staat, wegen des Contrastes in seiner Behandlung, den Nachreden der Parteylichkeit um so

weniger entgehen würde, als der durchaus zufällige Umstand, daß jemand vielleicht ein oder zwey Täge früher das Verbrechen verübte und prozessirt war, eine Strafe eben so wenig mindern als erhöhen kann. Selbst also die Politik, die eine Ungleichheit des Verfahrens, bey gleichen Gründen, nicht dulden kann, selbst diese also scheint es schon zu fodern, daß der Staat sich hier gleich bleibe, und die neueren, noch nicht abgeurtheilten Verbrechen, mit dem nämlichen Uebel, wie die vorhergegangenen, belege. Auf jedem Fall verdient der Verbrecher die neuere gelindere Behandlung nicht, und da die gesetzliche Strafe sogleich mit Begehung des Verbrechens, auch ohne den erst nachfolgenden, den gesetzlichen Willen blos erklärenden, richterlichen Spruch, verwirkt war, so kann, genau genommen, der Regent die neuere gelindere Behandlung dem Verbrecher nicht einmal, und zwar aus dem Grunde, angedeihen lassen, als er hier einen Akt der Begnadigung ausüben würde, welcher, wie bekannt, ohne dringende Gründe nicht ausgeübt werden soll.

Dem bisher Angeführten, wird man sich zwar entgegensetzen, und sagen: Daß jede Civilsache nur nach den, zur Zeit der geschehenen Handlung bestandenen Gesetzen, beurtheilt werde, ist begreiflich, indem der Regent, wollte er den neuern Gesetzen zurückwirkende Kraft ertheilen, die Rechte einer oder der andern Partey nothwendig lädiren würde. Dies, wird man fortfahren, tritt aber nicht in dem obigen Falle bey Bestrafung der Verbrechen ein. Niemanden geschieht

hier ein Unrecht. Nicht dem Verbrecher, welcher bestraft wird, wie sichs von selbst versteht, nicht den andern, vorher schon bestraften, gleichen Mißethätern, indem die Gnade für den einen nicht ein Unrecht für den anderen ist.

Daß keinem ein Unrecht bey einer solchen gelinderen Bestrafung geschehe, ist richtig; Aber eben so gewiß ist es, daß der Bestand der Criminalgesetze hienach gar nicht gewürdiget werden kann. Auch bey ganz willkührlichen Begnadigungen, Abolitionen, und dergleichen geschieht im Grunde keinem Einzelnen Unrecht, und dennoch ist es entschieden, daß sich dergleichen Akte nicht rechtfertigen lassen. Wäre jene erstere Ansicht die richtigere, wäre jede Abweichung von den Criminalgesetzen erlaubt, so bald nur jemanden hiedurch kein Unrecht geschieht, so könnte, da dieses nie oder selten der Fall ist, unter diesem Vorwande die ganze Criminalgesetzgebung leicht in ein Nichts aufgelößt werden. Zwar will ich nicht sagen, daß durch dergleichen Abweichungen von den Strafgesetzen die bürgerliche Gesellschaft beleidiget werde, daß also von darum jene Exemtionen widerrechtlich seyen. Denn auch zugegeben, daß sich unter diesem Satze etwas bestimmtes denken lasse, daß jene angebliche Beleidigung für etwas mehr als figürliches genommen werde, so wird doch jeder zugeben müßen, daß diese Beleidigung keine Widerrechtlichkeit im eigentlichen Sinne des Wortes sey. Dem Verbrecher soll sein Recht geschehen, und da dies nur durch die Handhabung der Gesetze gesche-

hen kann, so können und sollen auch diese nicht willkührlich hintangesetzt werden. Dies ist der Grund, worauf die Kraft der Criminalgesetzgebung, als ewiger Basis, beruht, und ist dieses, so muß auch sogleich das obige, für die Zuläßigkeit der gelinderen Bestrafung angeführte, Argument in seiner Hinfälligkeit sich darstellen.

Dennoch, und dieser Gründe ungeachtet, glaube ich, daß den gelinderen Strafbestimmungen eine rückwirkende Kraft auf noch nicht abgeurtheilte Verbrechen gegeben werden soll.

Bereits hat schon Herr Kleinschrod *) und mit ihm wohl jeder schon von selbst, die natürliche Bemerkung gemacht, daß der Gesetzgeber, indem er im neueren Codex die Strafbestimmungen mildert, die Härte der älteren Gesetze hiedurch mißbillige. Wenn ich nun diesem, und zwar mit vollem Rechte, beysetze, daß nicht etwan erst seit heute und gestern die Ueberzeugung von dem Drückenden der älteren Verordnungen dem Regenten gekommen seyn könne, so glaube ich auch mit Grunde behaupten zu dürfen, daß der Regent dieser, seiner bessern Ueberzeugung, einige Wirksamkeit gestatten, und Verbrechen, die bey der Publication des neueren Gesetzes noch nicht abgeurtheilet sind, nach diesen bestrafen lassen soll. Schon in dem Momente, wo der Gesetzgeber jene bessere Einsicht

*) Abhandl. aus dem peinl. R. Th. 3. S. 204.

gewann, war er ethisch verpflichtet, dieselbe geltend zu machen, und wenn er dies bisher zu thun unterlassen hat, so gönne er wenigstens die Wohlthat seiner mildern Verordnungen denjenigen, die noch nicht unter der Strenge der ältern gefallen sind. Zwischen der Zeit, wo jemand gegen die ältere, und jener, wo ein dritter gegen die neuern Gesetze gefrevelt hat, liegt vielleicht der Zwischenraum eines oder zweyer Täge. Wenn nun dieser, seines Vergehens wegen, etwa mit einer Zuchthausstrafe von einigen Jahren, dieser, mit dem Tode bestraft wird, sollte das Contrastirende in diesem Verfahren lediglich durch die Formel des jedesmal geltenden Rechtes schon gehoben werden? Hat vielleicht das Verbrechen, diese wenige Momente über, eine ganz veränderte Gestalt gewonnen, so, daß es als dasselbe nicht mehr zu erkennen ist? Unmöglich!

Jedem weisen Gesetzgeber werden demnach die oben angeführten Worte eines Kleinschrods geziemen. Davon möge er nicht durch die Rücksicht abgehalten werden, daß zur Zeit der begangenen That anderes Recht geltend war. Allerdings schließt es einen Widerspruch in sich, ein anderes, als das geltende, Recht in Ausübung zu bringen. Aber die Ueberzeugung einer materialen und inneren Ungerechtigkeit möge ihn über diesen äusseren und formalen Widerstreit hinwegsetzen; Er möge sich beruhigen durch die Rücksicht, daß das Wissen des Verbrechers um das ältere Gesetz noch nicht die Anwendung des anerkannt zu harten und unzweckmäßigen Gesetzes rechtfertige. Auch werde ge-

gen ihn nicht angeführt, *) daß der Verbrecher die ältern Strafgesetze übertreten habe; denn wohl wird bey jedem Verbrecher, bey dem Diebe z. B. das Gesetz nicht zu stehlen, keineswegs aber auch zugleich die mit diesem Gesetze verbundene gesetzliche und nur eigentlich zu dem Richter als Exequenten sprechende Strafverordnung übertreten. Jedem, von ihm als wahr Anerkannten, verschaffe der Regent auch sogleich, und wie immer, Eingang in seinem Staat.

Sollen, nach Kleinschrod, die gelinderen Strafbestimmungen auch auf vorhergegangene noch nicht abgeurtheilte Verbrechen angewendet werden, so folgt, daß Handlungen, die sonst Verbrechen waren, im Falle sie nun im neueren Gesetzbuche aus dieser Reihe ganz genommen, oder als bloße Vergehen zur Polizey verwiesen wurden, gleichfalls entweder ganz straflos belassen, oder als noch nicht abgeurtheilt zur Polizey verwiesen werden müßen. Die Consequenz erfodert dieses, und jeder neuere Codex, der Kleinschrods Bestimmung aufnimmt, hat dies mit anzumerken.

Schon dies spricht übrigens für unsere und die Kleinschrodische Meynung, daß z. B. nach Feuerbach **) und andern, die Regenten in Fällen der unserigen Art, da, wo das Unzweckmäßige älterer Strafbestimmungen eingesehen, an einer neuen Gesetzgebung

*) Wie von Selchow in dem Beytrag zur Critik des Kleinschrodischen Entwurfes S. 15 geschieht.

**) Lehrbuch 5te Auflage §. 63.

gearbeitet, diese aber noch nicht publicirt ist, immer begnadigen sollen. Ist dieses, und ist es klar, daß nach der Publication der neuen Gesetze viele Begnadigungsfälle eintreten werden, ist es ferner gewiß, daß der Regent allen diesen einzelnen Begnadigungsakten, durch jene in den Codex gesetzte Bestimmung, überhoben wird, und daß jene gemachte Bestimmung selbst nichts weiter als eine im Voraus ausgesprochene allgemeine Begnadigung sey, so wird wohl nunmehr an der Vorzüglichkeit der in dem Kleinschrodischen Entwurfe aufgestellten Bestimmung nicht so leicht gezweifelt werden können.

VII.

Noch einiges über außerordentliche Strafen wegen Unvollständigkeit des Beweises.

Bekannt ist die Entstehung außerordentlicher Strafen wegen Unvollständigkeit des Beweises. Sie ist, und sollte ein Surrogat der aufgehobenen Tortur seyn. Was von Klein, Kleinschrod, Feuerbach, dann den Preisschriften die sich im Kleinischen Archive befinden, hierüber gesagt wurde, ist gleichfalls eine bekannte Sache. Allgemein hat man ihre rechtliche Unzuläßigkeit, so wie jene der Tortur anerkannt. Nur eine Seite ist es noch, von welcher aus, nach den Ideen eines früheren Schriftstellers, das Auffallende und Grelle, welches in diesen Strafarten liegt, noch mehr emporgehoben und jedem klar vor Augen gestellt werden kann.

Der berühmte Möser hat in seinen patriotischen Phantasien unter andern auch seine Gedanken über den

Vorzug des Anklage- vor dem des Inquisitionsprozesses vorgelegt. Hiebey sagt er in einer Stelle*): Herr, ich fasse ihn beym Kragen, und heise ihn einen Erzstümper, wenn er nicht sofort einsieht, daß überall, wo ein Kläger auftritt, niemals auf die Folter erkannt werden könne! Weiß er denn nicht, daß der Engländer eben so gut, wie alle seine Nachbarn, die Tortur eingeführt haben würde, wenn er nicht auf dem alten deutschen Satze, daß ohne Kläger nicht gerichtet werden könne, bis in die heutige Stunde verblieben wäre? Einen Kläger fodert man um deswillen, daß er seine Klage vollständig beweisen sollte. — So wenig als ein anderer Kläger, muß die Obrigkeit auftreten und bitten können, daß der Richter, in Ermangelung eines vollständigen Beweises, den Beklagten ein bischen peinigen lassen solle. —

Was hier Möser von der Tortur sagt, gilt auch von dem Surrogate derselben, den außerordentlichen Strafen. Wird der Richter im Anklageprozeß nie auf die Tortur, so wird er auch aus gleichen Gründen bey ähnlichen Verfahren nie und nimmer auf eine außerordentliche Strafe erkennen. Wenn nun im Inquisitionsprozeß, wie Möser weiter bemerkt, die Obrigkeit als Ankläger erscheint, als solcher aber vor Anklägern übriger Art nichts voraus hat, warum sollte hier, und mit welchem Grunde eine außerordentliche Strafe sich rechtfertigen lassen?

---

*) Patr. Phant. Th. 3. S. 82. 83.

Gegensätze sind geeignet das Trügerische und Irrige einer oder der andern Behauptung auf das auffallendste darzulegen, und ich wüste nicht, ob durch alles, was bisher gegen außerordentliche Strafen gesagt wurde, die Unzuläßigkeit derselben klärer, und sogleich im ersten Momente kenntlicher, als durch eben die, nach Möser, vorgetragene Ideen dargestellt werde. Entschieden haben auch unsre Criminalisten da, wo sie außerordentliche Strafen zuließen, einzig ihre Blicke auf den Inquisitionsprozeß wendend, den Anklageprozeß ganz aus den Augen verlohren. Sie dachten sich immer ein Handeln von Amtswegen, das, da es seinem Begriffe nach eine Nothwendigkeit und Müßen in sich schließt, auch ein Verfahren bey unvollständigem Beweise, ohne Abbrechung des Prozesses, durch eine nichtssagende Entbindung von der Instanz nothwendig erheische. Die Untersuchung sollte nicht vergebens geführt seyn, sie sollte einen Effekt, ein Resultat haben, und welches andre sollte dieses seyn, als das jedem Prozesse gewöhnliche, nämlich: daß ein Erkenntniß, und zwar hier ein Straferkenntniß, gefällt werde.

Inzwischen ist leicht zu begreifen, daß nirgends ein Grund, nirgends eine Veranlassung entdeckt werden könne, die dem Inquisitionsprozesse ein so außerordentliches Privilegium zu geben im Stande ist. Der Anklage- und Untersuchungsprozeß, obgleich in ihren Maximen zum Zwecke verschieden, sind doch in ihrem endlichen Resultate, oder ihrer Aufgabe, das ist, dem Erkenntnisse und dessen Bedingungen, so eins, daß

eine Ausnahme oder Vorzug eines vor dem andern nicht statt finden kann. Daß iu dem Anklageprozeß der Richter mehr in den Hintergrund und aus den Schranken der Partheyen tritt, daß er hier mehr als Richter erscheint, der lediglich das Vorgebrachte würdigt und abwiegt, dies kann einzig nur darzu führen, daß auch bey dem Untersuchungsprozeß der Richter seine Rolle nicht vergessen, und sich hier mehr, als dort, erlauben dürfe.

Die außerordentlichen Strafen bestehen demnach die Probe der Vernunft nicht, und da bereits hierüber schon so vieles gesagt ist, so will ich auch desfalls nicht ein Wort mehr verliehren.

Mögen indessen außerordentliche Strafen sich eben nicht rechtfertigen lassen, so spricht sich doch in ihnen ein Bedürfniß aus, das, wenn es richtig gedeutet, und ihm abgeholfen wird, die bisherige Theorie vom Beweise vervollkommnen und weiter bringen muß.

Ich sage nämlich: d a s b i s h e r g e f ü h l t e B e d ü r f n i ß d e r N o t h w e n d i g k e i t a u ß e r o r d e n t l i c h e r S t r a f e n i s t n i c h t s a n d e r s, a l s d i e d u n k l e u n d n i c h t k l a r g e w o r d e n e E r k e n n t n i ß d e r N o t h w e n d i g k e i t d e r R e f o r m a t i o n d e r b i s h e r i g e n L e h r e v o m B e w e i s e i n C r i m i n a l s a c h e n.

Cajus wird angeklagt, daß er den Sempronius ermordet habe; die absolute Lethalität der Wunden ist

hergestellt. Ein durchaus klassischer und mit ihm ein exceptionsmäßiger Zeuge sagen aus, daß sie gesehen, wie Sempronius unter dem Beile des Cajus gefallen sey. Es wird bey diesem ein und zwar blutiges Beil, dann mehreres Geld nebst einem Ring, welche Sempronius erwiesenermassen bey sich trug, gefunden. Sagt nun: ist Cajus, der die Ermordung hartnäckig in Abrede stellt, ganz ohne Strafe zu belassen, ist er lediglich von der Instanz loszusprechen? Nach der bisherigen Beweistheorie allerdings! Wir haben zwar einen klassischen Zeugen; aber dieser macht nur einen halben natürlichen Beweis. Wir haben zwar mehrere und dringende Vermuthungen, aber diese, als künstliche Beweismittel, machen noch keinen vollständigen, zur Verurtheilung hinreichenden Beweis. Cajus wäre demnach mit aller Strafe zu verschonen! Er ist aber hiemit nicht zu verschonen, sagt euch das Gefühl und die Stimme Aller. Und steht nicht die Wahrheit auf der Seite von diesen? Wünscht nicht selbst in der Stille der Richter, daß, wie im vorliegenden Falle, Anzeigen mehr Stärke und Kraft nach den Gesetzen hätten, widerstreitet nicht sein ganzes Inneres den entgegenstehenden Verordnungen, und, wenn nun gestüzt auf ein solches Gefühl, theils um der innern Stimme der Vernunft, theils um den Gesetzen nicht zu nahe zu treten, in Fällen dieser Art eine außerordentliche Strafe eingeführt ward, sollte es nicht zu rechtfertigen, und, wenn gleich illegal, sollte es nicht ein Beleg seyn, daß die gesetzliche Beweistheorie nicht haltbar,

demnach die außerordentliche Strafe mehr ein Versöhnungsmittel zwischen Vernunft und Gesetz sey?

Gewiß ist diesem so, und mag gleich die außerordentliche Strafe, als Strafe, bey unvollständigem Beweise immerhin eine Anomalie bleiben, so ist diese doch leicht dadurch zu heben, wenn diese Strafe mit Vernichtung ihres Charakters, als einer poena extraordinaria, fernerhin als wahre poena ordinaria auftritt. Dies ist aber nur auf den Fall möglich, wenn die bisher von den deutschen Gesetzen beengte Sphäre der Beweismittel erweitert, und die Kraft von diesen verstärket wird. Geschieht dieses, so werden die sonst nothwendigen Entbindungen von der Instanz, so wie alle von Klein und andern statt den außerordentlichen Strafen vorgeschlagne künstliche Surrogate, von selbst hinwegfallen; der so sehr indicirte Verbrecher, welcher mit Erstaunen, daß ihm nichts geschehe, die Gerichtsstätte verläßt, wird fürder die ihn im Innern drückende Schuld büßen, und Richter, Publikum und Gesetz werden nun versöhnet seyn.

Klein in der Abhandlung über außerordentliche Strafen sagt *): Der zweyte Vortheil der außerordentlichen Strafen besteht darin, daß sie die Leichtigkeit der Inquisiten der gesetzlichen Strafe zu entgehen versteckt. Es ist nicht zu läugnen, fährt er fort, daß es dem Publikum auffallen würde, wenn es bemerkte, daß so viele Menschen, an deren Strafwür-

*) Berlin 1805. Bey Friedrich Nikolai. S. 15.

digkeit kein Mensch im Publikum zweifelt, dennoch der, in den Augen des Publikums, wohlverdienten Strafe gänzlich entgehen. Vergebens würde das Justizdepartement sich gegen das Publikum und selbst den Regenten, dem das Verfahren seiner Justizbehörden auffallen müßte, dadurch entschuldigen, daß die Gerichte durch die Gesetze gehindert seyen, anders zu handeln. Denn man würde fragen, warum diese schlechten Gesetze nicht geändert würden, und der gemeine gesunde Menschenverstand wird sich nicht leicht davon überzeugen, daß es kein Mittel gebe, diesem Uebel abzuhelfen.

Welches sind und können die Gesetze seyn, die hier von dem Publikum gemeynt werden? Keine andere, als jene, die die Theorie des Beweises betreffen. Die Unzufriedenheit des Publikums in Fällen, wo Menschen die des Verbrechens wegen sehr indicirt sind, freygelassen werden, ist nicht eine Zumuthung an den Richter, daß er gegen das Gesetz jemanden bestrafen soll, denn dies wäre widersinnig; auch ist es nicht eine Zumuthung an den Regenten, in Fällen dieser Art, eine außerordentliche Strafe zu verfügen, vielmehr trift diese Unzufriedenheit lediglich die gesetzlichen Bestimmungen vom Beweis, welche da, wo alle jemanden für den Verbrecher halten, ihn als solchen nicht betrachtet wissen wollen. Die gewöhnliche Stimme die man bey dergleichen Vorgängen hört, die Stimme: es wird alles zu strenge genommen: deutet einzig auf jene Regeln der Beweisführung; und gewiß würde

Herr Klein, bey reiferem Nachdenken über diese Sprache des Publikums, zu gleichen Ideen, wie die unsrigen, geleitet worden seyn.

Aber wie, sind die bisherigen gesetzlichen Bestimmungen über die Kraft der Beweise und ihrer Mittel nicht durchaus entsprechend der Forderung der Vernunft, sind sie nicht ganz in der Natur der Sache gegründet? Und wenn dieses ist, ist nicht alles bisher Gesagte ohne Bedeutung und Werth? Haben wir nicht dann einen Beweis, daß jene Stimme des Publikums eine trügerische, und die Deutung, daß sich die Nothwendigkeit der Reformation der Kraft der Beweismittel in ihr ausspreche, eine durchaus falsche und irrige sey?

Es ist klar, daß bevor nicht diese Einwendungen beseitiget werden, ich auch nicht einen Fuß gewonnenen Feldes für mich habe.

Schon die Römer haben, wie dies ausdrückliche Gesetze *) erweisen, bey unbezweifelten und durchans klaren Indicien eine peinliche Strafe zugelassen. Bey uns Deutschen sollen Vermuthungen und Inzichten, kurz alle künstliche Beweismittel nie vermögend seyn, um auf dem Grunde derselben eine, wenigstens die ordentliche Strafe gegen den Inculpaten zu erkennen. Dieser Grundsatz ist selbst in mehrere der neueren peinlichen Gesetzgebungen deutscher Lande aufgenommen worden. Man befolgte hierin die ältere Carolina,

---

*) L. 5. D. proe. de poenis. L. 25. Cod. de probat.

welche nach der durchaus richtigen Interpretation nur allein bey vorhandenen natürlichen Beweis eine Strafe gestattet. Indicien könnten nach dieser, waren sie auch noch so klar, nur einzig zur Folter, aber nie zur Strafverhängung berechtigen. Diese Folter würde häufig unterlassen, und ohne gerade noch ein Bekenntniß abzuwarten, eine Strafe erkannt worden seyn, hätte man den Römischen Grundsatz, daß man auch auf Indicien bestrafen könne, befolgt. Außerordentliche Strafen waren, und sollten ein Surrogat der aufgehobenen Tortur seyn. Auch diese würden demnach bey Befolgung des Römischen Grundsatzes, wie die Folter selbst unterblieben, und die ordentliche Strafe eingetreten seyn. Ein durch die Römischen Gesetze verbürgtes Mittel haben wir sonach schon, wie außerordentliche Strafen unterlassen, und dennoch die allgemeine Sicherheit gegen gefährliche Menschen erhalten werden könne; es ist dieses die ordentliche Strafe, und dieses Mittel wird möglich durch den oben von Uns angegebenen und von den Römern befolgten Grundsatz, den Satz: erweitert die Sphäre der Beweismittel!

Wird durch Anzeigen die Sphäre von Beweismitteln erweitert, kann auch auf sie eine ordentliche Strafe gebaut werden, so ist klar, daß das bisherige gemeine Recht, so wie Gesetzgebungen, die dieses mißkennen, in dieser Hinsicht nothwendig einer Reformation bedürfen. Zwar ist dadurch, daß die Römer diesen Grundsatz befolgten, für die Zuläßigkeit dieses

Satzes, oder dafür, daß der künstliche Beweis den andern Beweisarten gleich zu stellen sey, das geringste nicht entschieden, und da selbst neuere und bessere Schriftsteller die Kraft der Anzeigen als Beweismittel nach der Natur der Sache in Zweifel ziehen, so ist klar, daß, bevor wir dem gemeinen Rechte, und den sich mit ihm conformirenden Gesetzgebungen einen Vorwurf machen wollen, wie vor allen unsre Behauptung, daß auch durch Inzichten ein Factum hergestellt, ein Verbrecher überführt werden könne, zu rechtfertigen haben.

Wir versuchen dieses auf eine doppelte Weise; dadurch, daß wir nachweisen, wie inconsequent Gesetzgebungen wurden, die einen künstlichen Beweis als zuläsig zur Ueberführung eines Verbrechens nicht anerkannten; und dadurch, daß wir zeigen, daß der aus Anzeigen hervorgehende Beweis gleiche Kraft und Stärke, wie die übrigen natürlichen Beweismittel, haben könne.

Schon dies ist auffallend in mehrern unsern Gesetzgebungen, daß sie von einem künstlichen Beweise sprechen, und dennoch demselben die Wirkungen eines Beweises nicht zugestehen. Denn entweder ist dieser Beweis ein wahrer Beweis, dann versteht sich seine Wirkung gleich andern Beweismitteln von selbst, oder er ist es nicht, dann ist es unbegreiflich ihm ein Prädicat beyzulegen, welches er nicht hatte, und nie haben konnte. Bambergs neuere peinliche Gesetzgebung *)

---

*) Entwurf einer neuen Bamb. p. Ges. Th. II. §. 76.

hat gewissen Anzeigen, theils einzeln, theils mehrern in Verbindung, die Kraft eines halben Beweises beygelegt. Mehreren dergleichen, jede zur Hälfte in einzelnen beweisenden Anzeigen, sollte demnach, vorzüglich wenn sie mit noch andern concurriren, gleich der Aussage mehrerer Zeugen nach einer ganz natürlichen Raison die Kraft eines vollständigen ganzen Beweises beygelegt werden, und dennoch, ich weiß nicht, aus welcher geheimen innern Scheu oder Unsicherheit, geschah dieses nicht. Nur bey geringeren Fällen, und da nur unter gewissen Einschränkungen, ließ man eine Strafe bey Beweisen aus Indicien zu. Offenbar hat eine solche Gesetzgebung ganz die Natur der Anzeigen als künstlicher wahrer Beweismittel verkannt, oder wo nicht, sich einer Inconsequenz preis gegeben, die nie zu rechtfertigen ist.

Diese Inconsequenz der Gesetzgebungen läßt sich noch auf eine andere Art, dadurch nämlich beweisen, daß wir zeigen, daß selbst mehrere ihrer Bestimmungen und Verordnungen, nur auf Anzeigen sich gründen und aus diesen hervorgehen.

Dieses ist vorzüglich bey der Lehre vom Dolus der Fall. Nicht anders als durch Schlüße aus gewissen Thatsachen können wir uns von der Absicht des Verbrechers überzeugen. Die Gesetze bestättigen dies. Wer sich eines zum Tödten bestimmten Instrumentes auf tödtliche Weise bedient, hat nach den preusischen

Landrecht *) die Vermuthung, daß er die Lebensgefahr vorausgesehen habe, wider sich. Gleiches, sagt diese Gesetzgebung, findet statt, wenn der Thäter sich eines andern Instrumentes auf eine Art bedient, wie es nur in der Absicht zu tödten gebraucht zu werden pflegt. Nach §. 806. wird derjenige als Todschläger angesehen, welcher solche Handlungen vornimmt, die nach dem gewöhnlichen allgemein bekannten Laufe der Dinge, den Tod nach sich ziehen müßten. Eben so spricht Bambergs neuere Gesetzgebung. Wenn nun hier die Absicht lediglich durch Schlüsse aus gewissen Thatsachen gefolgert, und auf diese Schlüsse die ordentliche Strafe gegründet wird; warum sollen nicht Anzeigen gleichfalls zu einem Beweise, und zur Erkennung der ordentlichen Strafe zureichen? Sind sich nicht Gesetzgebungen die das Entgegengesetzte verordnen, ganz inconsequent. Et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum: et ex re constituendum hoc; nam si gladium strinxerit, et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse. Sed si clavi percusserit, aut cucuma in rixa: quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam poenam eius, qui in rixa casu magis, quam voluntate homicidium admisit; sagt die L. 1. §. 3. ad Leg. Corn. de Sicar. Durch Schlüsse aus Um-

*) Th. II. 20 Tit. §. 813. 814.

ständen, die die That begleiteten, will das Gesetz die Handlung selbst beurtheilt wissen, und wenn nun nicht blos da, wo es der Absicht des Thäters galt, sondern auch in allen übrigen Punkten, diese Legislation Indicien zur Ueberführung hinreichend erklärte, wer sollte ihr nicht allen seinen Beyfall ertheilen?

Die Gesetzgebungen lassen zu, daß das Gutachten von Kunstverständigen, daß jenes der Aerzte, da, wo über den Zustand des Verbrechers, oder die Beschaffenheit der That selbst geurtheilt wird, ganz zur Norm für den Richter dienen soll. Wie oft nun kann der Arzt einzig und allein nur aus Anzeigen sein Elogium bilden. Aber wenn dieses ist, wie läßt es sich rechtfertigen, wenn Gesetzgebungen bey einer dergleichen Verordnung nicht ebenfalls dem Richter auf künstlichen Beweis zu bauen gestatten wollen?

Die ganze logische Interpretation, die analogische Anwendung von Gesetzstellen, worauf beruht sie anders, als auf Schlüssen? Nur durch Hülfe dieser mittelt der Richter die Anwendbarkeit gewisser gesetzlicher Bestimmungen, auf andre nicht benannte Fälle aus. Mehrere Gesetzgebungen lassen nun diese logische Interpretation ohne Bedenken zu *). Aus welchem Grunde wollen nun aber dieselben den Anzeigen, dem künstlichen Beweise alle Wirkung zur Ueberführung eines Verbrechers, zur Erkennung der ordentli-

*) Bamb. p. Ges. Th. I. §. 6.

chen Strafe, benehmen? Kann vielleicht durch jene logische Auslegung nie der Verbrecher gefährdet werden?

Das Gesagte ist hinreichend, um zu zeigen, daß die Lehre: auf Anzeigen könne nicht geurtheilt werden; wenn sie auch wahr wäre, nicht consequent durchgeführt wurde. Sie ist aber auch an sich nicht gegründet, und dies werden wir sogleich näher darzustellen, und zu erweisen suchen, daß auch aus Indicien juridische Gewißheit hervorgehen könne.

In dieser Hinsicht und zur Erläuterung der Lehre vom künstlichen Beweise, bemerken wir, daß Thatumstände mit Verbrechen *), a) in einem möglichen, b) in einem wahrscheinlichen, und c) in einem nothwendigen Zusammenhange stehen können. Ueber jeden dieser Punkte nun das Nähere.

Es giebt gewisse Thatumstände, welche in einem möglichen Zusammenhange mit einem Verbrechen stehen. Dahin gehört z. B. der Besitz einer gestohlenen Sache, das Auffinden eines einem Dritten gehörigen Instrumentes am Orte eines geschehenen Todschlags u. dergl. Da der Existenz eines solchen Thatumstandes andere gleich mögliche Thatumstände, als

*) Unter dem Ausdrucke Verbrechen verstehen wir, um in der Folge uns nicht mehrmal zu wiederholen, nicht blos den Thatbestand, sondern auch das Faktum, daß Jemand der Urheber sey, so wie jeden auf das Verbrechen, auf irgend eine Beschaffenheit desselben u. d. g. sich beziehenden Umstand.

der eines Verbrechens ist, zum Grunde liegen können; so können sie auch, an sich genommen, nie einen Verdacht gegen Jemanden als Verbrecher begründen, aber daher auch keine Anzeige machen. Erst dann, wenn zu diesem Umstande noch ein anderer hinzutritt, welcher uns bestimmt, den Zusammenhang des Thatumstandes mit andern als jenem des verübten Verbrechens zu bezweifeln, erst dann wird uns jener Thatumstand zu einer Anzeige, das ist, wir haben einen Grund unter den verschiedenen Möglichkeiten, die eine, die des Verbrechens, eher als die andern anzunehmen; jener Thatumstand leitet und führt nun unsre Gedanken auf den einen unter den verschiedenen möglichen Thatumständen hin, er wird daher zur Inzicht, zur Anzeige. Wenn ich in dem vorhin angeführten Falle lediglich erfahre, daß Cajus eine dem Sempronius gestohlene Sache besitze, so giebt mir das bloße Faktum des Besitzes noch keinen Grund zu schließen, daß Cajus sie gestohlen habe; er kann sie eben sowohl von Dritten gekauft, gefunden, oder auf eine andere mögliche Art erhalten haben. Wenn nun aber Cajus, ein sonst sehr vorsichtiger Mann, uns angiebt, daß er die Uhr von einer dritten ihm ganz unbekannten Person erkauft habe, so wird uns nun jenes Faktum des Besitzes eine Anzeige des verübten Diebstahles, indem es nicht wahrscheinlich ist, daß er von einer solchen dritten Person könne gekauft haben, folglich wir wegen dieser Unwahrscheinlichkeit des Kaufes weder diese, noch eine andere von ihm nicht behauptete Erwerbsart an-

nehmen können, eben daher aber auch auf den Diebstahl schließen müssen. Gleiches in dem andern Falle da, wo an dem Orte des verübten Todschlages ein z. B. dem Titius gehöriges Mordinstrument gefunden wird. Auch hier ist der Zusammenhang zwischen dem Thatumstand, daß Titius der Thäter sey, und jenem des Findens eines ihm gehörigen Instrumentes, nur ein problematischer, eben daher auch noch kein Verdacht oder Anzeige gegen Titius, des Todschlags wegen, vorhanden. Dieser wird er erst, durch das Hinzutreten eines andern Umstandes, welcher ihm erst seinen Grund giebt, und da ein Verdacht, ohne gegründet zu seyn, keiner ist, erst selben zu einem Verdacht erhebt. So wie es nun Thatumstände giebt, welche in einem *möglichen* Zusammenhange mit einem Verbrechen, dessen Beschaffenheit, oder dem Umstand, daß jemand Verbrecher sey, stehen, und so wie diese erst durch das Hinzutreten anderer Umstände zu Indicien werden, eben so giebt es auch Thatumstände die in einem *wahrscheinlichen*, und endlich solche, die in einem *ganz gewissen* und *nothwendigen* Zusammenhange mit dem Verbrechen stehen, und schon an sich allein eine Anzeige bilden. Wenn in das Zimmer eines Mädchens, eben da eine Nachgeburt von ihr geht, einige Bekannte eintreten, so ist dieser bezeugte Umstand, wenn gleich das Mädchen gebohren und das Kind hinweggebracht zu haben läugnen sollte, eine durchaus gewisse Anzeige von einer gehabten Geburt. Beyspiele von Anzeigen, welche das Faktum wahr-

scheinlich machen, giebt es mehrere, und sie anzuführen ist eine ganz überflüssige Sache. Uns liegt daran, über die drey möglichen, bisher angegebenen Arten, wie ein Verbrechen mit gewissen Thatumständen in Beziehung auf unsere Erkenntnisse zusammenhängen kann, folgendes zu bemerken.

Thatumstände, sagten wir, welche blos in einem möglichen Zusammenhange mit dem Verbrechen stehen, sind, ohne Hinzutreten anderer Gründe, keine Anzeigen. Wir haben als Beyspiel dieser Art den Besitz einer gestohlnen Sache angeführt. Wenn daher dennoch von den Criminalisten ein solcher Besitz als Indicium aufgeführe wird, so ist dies eben so gegen die Natur der Sache, als die positiven Gesetze. Diese reden immer nur von einem Besitz, der nicht wahrscheinlich gemacht werden kann, und wenn sie ihm hier gleich die Kraft einer nahen Anzeige beylegen, so folgt nicht, daß er außerdem, wo von seiner Unwahrscheinlichkeit noch nichts constirt, eine, etwa entferntere Anzeige seyn müsse. Der Grund, daß ein unwahrscheinlich gemachter Besitz eine n a h e Anzeige genannt wird, liegt nicht in dieser Unwahrscheinlichkeit, sondern in dem innigen Zusammenhange des Besitzes mit dem Faktum des Diebstahls.

Was wir von dem Besitze der gestohlnen Sache als Anzeige sagten, gilt von mehreren andern, wie z. B. den gleichfalls oben angeführten Auffinden eines Instrumentes, den blutigen Spuren an den Kleidungen eines und des andern, und so weiter. Beyspiele,

deren Zahl sehr groß ist, die man aber gleichfalls bisher als Anzeigen anzuführen gewohnt war.

Wir haben ferner bemerkt, daß die benannten Thatumstände, nur durch das Hinzukommen anderer wirkliche Anzeigen würden, daß sie an und für sich keine solche seyen. Hieraus ergiebt sich, daß, was an und für sich genommen kein Indicium ist, durch den Zusammenfluß mit andern Umständen ein solches werden könne. Mävius wird als Vagabund des Diebstahls einer dem Cajus entwendeten Sache bezüchtigt. Mävius wird bleich bey dem Verhöre, und man findet bey ihm die Sache. Sein Charakter als Vagabund, sein Bleichwerden, wird nun durch den letzteren Umstand, und dieser wieder durch jene verdächtig. Jeder dieser einzelnen Umstände, isolirt, und an sich betrachtet, würde in Beziehung auf das gedachte Verbrechen nichts seyn; sie werden es aber in ihrer Verbindung; das ist, sie lassen jetzt eine Deutung und Erklärung zu, die sie vorher und im allgemeinen genommen, nicht hatten.

Was wir weiter anzuführen haben, ist dieses: Obgleich in den Thatumständen, welche in einem blos möglichen Zusammenhange mit dem Verbrechen stehen, kein eigentlicher Verdacht, noch weniger Gewißheit für das Verbrechen liegt, so kann doch bey ihrer Existenz und Voraussetzung eine solche Gewißheit entspringen. Dies tritt in allen denjenigen Fällen ein, wo die in ihnen liegende Möglichkeit des Schlusses auf andere Fakta, als jenes des Verbrechens sind, durch entge-

gengesetzten, entweder natürlichen oder künstlichen Beweis gehoben wird. Denke man sich das bereits mehrmals angeführte Faktum des Besitzes einer gestohlenen Sache; dies ist nur unter der Voraussetzung erklärbar, daß von dem Besitzer entweder selbst, oder einem Dritten die Sache apprehendirt, und von diesem erst nachher auf jene gekommen sey. Wenn nun nachgewiesen ist, daß Cajus der Besitzer die Sache, wie er vorgiebt, weder gefunden, noch gekauft, noch zugesteckt erhalten habe, so ist der aus dem Faktum des Besitzes hergeleitete Schluß: Cajus müsse der Diebe seyn, ein nothwendiger. Mag es gleich seyn, daß wir zu dieser Gewißheit seltener gelangen werden, indem wir nicht immer versichert seyn können, die entgegengesetzteu möglichen Fälle vollständig erschöpft zu haben, so folgt doch hieraus für die absolute Unmöglichkeit einer solchen Gewißheit nichts. Zu diesem kömmt, daß jene Versicherung auch nicht immer für uns nothwendig ist. Gesetzt, Cajus gebe, in dem angeführten Falle, an, daß er die Sache von dem Titius erkauft habe; hier können wir nun nicht, wie im erstern Falle, denken, daß Cajus etwa auch noch durch Fund oder durch eine dritte andere Art zum Besitze gekommen sey. Die Behauptung des Cajus, daß er sie gekauft habe, schließt die Annahme der übrigen Fälle für uns aus; daher, und wenn erwiesen seyn sollte, daß Titius, der Verkäufer, zur Zeit wo der Kauf angeblich geschehen ist, gar nicht sich im Lande befand, wir zur Ueberführung des Cajus, außer den Faktum des Besitzes, keines an-

dern Beweises bedürften. Die Einwendung, daß Cajus die Art seines Erwerbes etwa nicht richtig angegeben habe, folglich immer noch auf andere Weise, als durch Diebstahl, zum Besitze gelangt seyn könne, verdient begreiflich keine Widerlegung, indem, wenn sie bestünde, kein Bekenntniß mehr einige Beweiskraft haben würde.

Aus dem Angeführten ersieht man, daß wir selbst durch Schlüsse aus Thatumständen, welche in einem blos möglichen Zusammenhange mit einem Verbrechen stehen, zur Gewißheit gelangen können, so bald nämlich die Möglichkeit des Schlusses auf andere Fakta durch Beweis gehoben ist. Wir haben zum Belege dieser unsrer Behauptung einige Beyspiele angeführt. Bey denselben nahmen wir an, daß diese Möglichkeit durch natürlichen Beweis gehoben sey. Es giebt aber auch Fälle, wo dies auf künstliche Weise geschehen kann. In einem Kaufmannsladen befinden sich mehrere Personen, und unter diesen auch ein Jude; während der Kaufmann aus seinen Schränken einige Stücke Tuchs herausnehmen will, bemerkt er, als er sich umwendet, daß eines von seinen bereits hingestellten Tüchern fehle, und daß der Jude nicht mehr gegenwärtig sey; er eilt mit andern diesem sogleich im Augenblicke nach, und als sie aus dem Laden fort sind, sahen sie, daß der Jude in einer von dem Laden etwa 20 Schritte entfernten Quergasse, bereits von einem Polizeysoldaten mit dem Tuche angehalten ist. Der Jude läugnet nicht in dem Laden gewesen zu seyn,

giebt aber vor, die Sache bey seinem Herausgehen aus selben, von einem ihm unbekannten Manne gekauft zu haben. Da zwischen der Zeit, wo der Jude aus dem Laden gieng, und wo er angehalten wurde, ein so geringes Intervallum liegt, daß der vorgegebene Kauf ein schlechthin unmögliches Faktum ist, so schliessen wir mit Gewißheit, daß das von ihm besessene Tuch, ein gestohlenes sey.

Das Resultat von dem Gesagten ist, daß, wenn uns Thatumstände, die in einem blos möglichen Zusammenhange mit dem Verbrechen stehen, zur Gewißheit führen können, der künstliche Beweis in Criminalsachen nicht ein leerer Name ohne Wirkung und Kraft sey. Von dem Beweise der aus Thatumständen, die in einem nothwendigen Zusammenhange mit dem Verbrechen, oder einem Umstande desselben stehen, hervorgeht, versteht sich dies von selbst; und es bleibt nur noch die einzige Frage übrig, ob auch Thatumstände, aus welchen die Wahrscheinlichkeit eines Verbrechens hervorgeht, uns zu einer solchen Gewißheit führen können?

Auch dies ist kein Zweifel, so bald die Möglichkeit des Gegentheils, die in einem solchen blos wahrscheinlichen Zusammenhange noch immer liegt, gehoben ist. Allein dieses ist der Sinn nicht, wenn man fragt, ob aus bloßen Indicien ein Beweis hervorgehen könne? Hier will man die Anzeigen blos als probabile Gründe bestehen lassen, und man fragt nur, ob sie als solche, in ihrer Concurrenz und Combination

eine Gewißheit hervorzubringen im Stande seyen? Aus Indicien kann Gewißheit hervorgehen, ein Indicium selbst bestimmt aber dieselbe nicht, sagt Herr Feuerbach, ein klarer Beweis, daß man in dem Begriff einer Anzeige den Begriff von Gewißheit nicht legt, indem es sonst absurd seyn würde, zu fragen, ob erst durch einen Zusammenfluß derselben Gewißheit entstehen könne?

Was nun diese Frage betrifft, so beantworten sie einige dahin, daß eine absolute, die Möglichkeit des Gegentheils ausschließende Gewißheit, aus Anzeigen, auch bey einer Concurrenz oder Combination derselben, nicht entstehe; andere nehmen eine solche Gewißheit an. Wir sind der Meynung, daß hierauf gar nichts ankomme, daß es schon genüge, wenn dargethan werden kann, daß Anzeigen eine juridische Gewißheit begründen; denn ist dieses, so ist auch kein Grund, den Beweis aus solchen Anzeigen als unzuläßig in Criminalsachen zu verwerfen.

Daß nun eine solche juridische Gewißheit aus erwähnten Anzeigen entspringen könne, dies kann, nach unsrer Ueberzeugung, im geringsten nicht bezweifelt werden; und wir behaupten, daß dies so oft der Fall sey, als sich die fraglichen Thatumstände nicht anders, als unter der Voraussetzung des Umstandes, daß jemand der Verbrecher sey, erklären lassen. Man denke, daß bey A mehrere Sachen des ermordeten B gefunden werden, daß ein Mordinstrument von jenem an dem Orte der geschehenen That gelegen sey, daß

er gleich als die That ruchbar geworden ist, habe entfliehen wollen, daß bey seiner Ergreifung noch Blut, so wie Haare, gleich denen des Ermordeten, an den Händen desselben, klebend gefunden wurden, daß man ihn an dem Orte der begangenen That und von selben hinwegeilend sah, dann, daß er bey seiner Ergreifung zitterte und erbleichte. Hier können wir Uns die aufgezählten Erscheinungen nicht anders, als unter der Voraussetzung, daß A der Thäter sey, erklären. Das Auffinden der dem B gehörigen Sachen, dann des Mordinstrumentes, von welchen er nichts wissen will, wie sie zu ihm und an jene Stelle gekommen sind, sind Thatumstände, welche bey seiner unwahrscheinlichen Angabe den Zusammenhang mit der That schon an sich allein wahrscheinlich machen, und es wird nun diese Wahrscheinlichkeit durch das Hinzutreten der übrigen Umstände, in einem Grade erhöht, die jeder andern Ueberzeugung, die uns durch natürliche Beweismittel beygebracht wird, gleich kömmt. Die Einwendung, daß ungeachtet jener Erklärung des Richters sich dennoch die Sache objectiv anders verhalten könne, trifft, wie bereits von allen Rechtsgelehrten eingestanden ist, auch die natürlichen Beweisarten. Auch diese schließen die absolute Möglichkeit des Gegentheils nicht aus, und schon bey einigem Nachdenken über das Wesen einiger dieser Beweismittel, zeigt es sich, daß sie zuletzt auf bloßen Probabilitäten oder Vermuthungen beruhen. So z. B. gründet sich zwar der Zeugenbeweis de visu lediglich auf unmittelbare Wahrneh-

mung, somit auf sinnliche Evidenz. Um aber vollständig zu seyn, läßt man einen Zeugen durch den andern controlliren, das ist, man nimmt an, daß, wenn zwey Zeugen übereinstimmend über ein Faktum aussagen, das Faktum auch nicht anders, als sie aussagen, sich könne verhalten haben: demnach gründet sich der Zeugenbeweis nicht allein und unmittelbar auf die sinnliche Evidenz, sondern zunächst mit auf den Satz, daß das, was zwey übereinstimmend mit einander aussagen, auch nicht anders sich in der Wirklichkeit zugetragen haben könne. Demnach auch zugegeben die gänzliche Glaubwürdigkeit der Zeugen, beruht doch zuletzt dieser Beweis auf bloßer Probabilität, indem bey einmal vorausgesetzter Möglichkeit der Täuschung des einen Zeugen, auch die des andern gleich möglich ist.

Angenommen also, daß der künstliche Beweis, der Beweis aus Indicien zur bloßen Wahrscheinlichkeit führt, daß er nicht Beweis in wahrem Sinne des Wortes ist, so kann ihm doch seine Wirksamkeit im peinlichen Rechte nicht abgesprochen werden. Die nämlichen Gründe, welche den natürlichen Beweismitteln, würden auch ihm seine Stelle darin sichern, und dies ergiebt sich auch noch aus andern Rücksichten, wie ich sogleich in folgenden darstellen werde.

Nach der Lehre eines Kleinschrod *) soll der Gesetzgeber, bey der Theorie vom Beweise, das von Fi-

*) Archiv. des Cr. R. 4. St. 3. S. 76.

langieri aufgestellte Prinzip befolgen: er soll das Interesse, welches die Gesellschaft bey der Sicherstellung der Unschuld hat, vereinbaren mit dem Interesse, welches sie hat, daß Verbrechen nicht ungestraft bleiben. Diesem Interesse würde ewig entgegengehandelt werden, wollte der Staat nicht künstliche Beweise, nicht die Bestrafung auf Indicien zulassen. Selbst dann, wenn durch diese ein geringerer Grad von Probabilität, als durch den natürlichen Beweis hervorgebracht würde, wenn es bey ihnen leichter möglich wäre, daß die Unschuld gefährdet werde, könnte eine solche Straflosigkeit nicht gestattet werden; denn wie gezeigt, auch bey natürlichem Beweis ist eine solche Gefährde möglich, und die leichtere Möglichkeit dieser Gefährde bey Beweis aus Indicien, könnte höchstens nur für Einschränkungen beym Gebrauche dieser Beweisart, keineswegs aber für ihre totale Unzuläßigkeit sprechen, um so weniger, als bey der Mehrheit der Criminalfälle lediglich künstliche, keine natürliche Beweismittel zu haben sind, demnach auch die Mehrheit der Verbrecher ganz unbestraft belassen werden müßte. Soll durch eine Theorie von Beweisen die Unschuld in der Art gesichert werden, daß eine Kränkung derselben nie möglich ist; so ist eine solche Theorie eine unmögliche Aufgabe, indem alle bisher zuläßige Beweismittel, und andere werden nie aufzufinden seyn, ganz aufgegeben werden müßten. Kann aber die totale Sicherstellung der Unschuld für alle Fälle nie erreicht werden; so ist selbst dann, wenn bey künstlichem Beweis leichter eine solche Kränkung

eintreten sollte, dieser doch von darum nicht hintanzusetzen, weil der Staat vielleicht in hundert Fällen sein Interesse ganz vernachläßigen müßte, um für einige Fälle jenes der Unschuld zu wahren. Auf solche Weise wäre aber auch keine Vereinigung jenes obenerwähnten wechselseitigen Interesses des Staates möglich, daher der aufgestellte Grundsatz selbst nichtig.

Zwar sagt Trajan, daß es besser sey, hundert Schuldige ungestraft zu belassen, als einen einzigen Unschuldigen zu bestrafen. Allein wie Schriftsteller, wenn sie den oben von Filangieri aufgestellten Grundsatz befolgen, sich auf diesen Spruch berufen können, ist unbegreiflich, und eben so gewiß ist es, daß diese Sentenz nicht im geringsten zur Elidirung der Beweiskraft der Indicien von Trajan könne vorgebracht worden seyn: indem nach dem Römischen Rechte Anzeigen zur Ueberführung und Verurtheilung hinreichend waren, ihre Beweiskraft Niemand bestritt, selbst Trajan diese Beweiskraft der Indicien in der L. 5. D. de poen. nicht ausschloß, somit auch gewiß keine nachtheilige Folgerung aus seinem Spruche gegen die Kraft der Anzeigen gemacht wissen wollte.

Ich habe im Vorhergehenden bemerkt, daß ein größerer Theil von Verbrechen lediglich nur durch künstlichen Beweis hergestellt werden könne; ich behaupte demnach, daß nach einer consequenten Theorie die Sphäre der Beweismittel in Criminalsachen eher erweitert als beschränkt werden sollte. Verbrechen werden heimlich vollbracht, sie scheuen das Zeugniß.

In Civilsachen mag sich jeder seiner Rechte wegen mit Beweisen vorsehen, er kann es, und man fodert es von ihm mit Grunde. Nicht so ist es in Criminalsachen; daß man mehrere oder wenigere Beweismittel hat, ist hier lediglich Glück und Zufall. Wenn nun die Gesetze nach einer vernünftigen Raison, die Kraft der Beweismittel, da wo diese schwer zu haben sind, verstärkten, warum soll in Criminalfällen nicht gleiches geschehen; warum nicht eine Beweisart, die aus Anzeigen, zugelassen werden, welche, wenn sie auch die Stärke wie die übrigen nicht haben sollte, doch in so vielen Fällen die einzige ist, die man erhalten kann? In jeder Hinsicht ist es gewiß auffallend, daß man dem künstlichen Beweise, wenn er mit einem unvollständigen natürlichen concurrirt, alle ergänzende Kraft absprechen will. Man denke sich, daß in dem oben angeführten Falle eines an B verübten Mordes ein klassischer Zeuge aussage, wie er hinter dem Busche lauernd gesehen habe, daß A 4—5mal gegen den Kopf des B geschlagen habe, daß dieser dann niedergefallen sey, man nehme an, daß auch an dem Kopfe des B 4—5 tödtliche Wunden bey der Besichtigung sich zeigten, man denke sich dieses, und frage sich dann, ob diese Aussage, wenn sie zugleich von den oben angeführten Indicien unterstützt wird, nicht vollen Glauben verdiene, ob diese Indicien nicht eben so viel Wirkung haben, als wenn noch ein zweyter Zeuge die Aussage jenes einen Zeugen bestättigte. Niemand wird sich diese Frage verneinend beantworten können,

jeder wird behaupten, daß die durch das bey der Obduction Vorgefundene schon bestättigte Aussage des Zeugen, durch das Hinzukommen jener Anzeigen eben so verificirt erscheine, als wenn noch ein anderer Zeuge gleiches mit jenem deponirt.

In älteren Zeiten, sagt Kleinschrod *), nahmen die Richter ihre Zuflucht zur Tortur. Diese ist größtentheils im Teutschland stillschweigend oder ausdrücklich abgeschaft, ohne daß ein allgemein angenommenes Surrogat an die Stelle derselben getreten wäre. Wenn man nun zu viel zu einem peinlichen Beweise fodert, wenn man eine Art des Beweises nach der andern untergräbt, oder gar verwirft, wo soll denn endlich der Richter die Mittel hernehmen, Verbrecher zu überführen?

Konopak sagt **): sollen nichts als Bekenntniß und Zeugen peinliche Strafe begründen, so mag man auf alle Criminaljustizpflege nur Verzicht leisten, und die gemeine Sicherheit jedem Preis geben.

Diese Aeußerungen bestättigen hinreichend, daß, wie wir bemerkten, jede Einschränkung der Beweismittel in Criminalsachen verwerflich sey, und wie Kleinschrod dieser Aeußerung ohngeachtet, dennoch auf künstlichen Beweis eine Verurtheilung der Inquisiten nicht zulassen will, möchte sich schwerlich begreifen lassen.

---

*) Archiv des Crim. B. 4.

**) Archiv. B. 7. S. 9. H. 1.

Bey einem solchen Widerstreite der Gesetze mit der Vernunft, mag denn auch das Urtheil der juridischen Facultät zu Wittenberg, wo es heißt *): daß sich die Meynung, als ob auch der vollständigste künstliche Beweis nicht zur Todesstrafe hinreiche, nur auf den 22. Art. der p. G. O. gründe, dieser aber unerfahrne Richter voraussetze, mithin heut zu Tage, wo Dicasteria zu entscheiden pflegten, keine Anwendung mehr leiden könne, ganz gerechtfertigt erscheinen. Zwar ist es klar, daß die Dicasterialverfassung, war nicht ausdrücklich durch Gesetze etwas anderes bestimmt, zu diesem Spruche kein Recht gegeben hätte; nach der recipirten Carolina hätte auch hier ein künstlicher Beweis zur Todesstrafe nicht hingereicht, und offenbar hat dieser Spruch der Facultät die positiven Sanctionen gegen sich. Aber die Vernunft hat er für sich, und diese sprengt mit Recht zuletzt alle positive Fesseln, wenn die Gesetzgebung taub gegen alles Vernünftigere immer noch an den alten Formen hängt. Gleichwie in andern, wagt sie auch hier Reformationen, und sie lehnt sich gegen Gesetze auf, um durch dieses Anstreben bessere hervorzubringen; daher auch immer und ewig die Doctrin die Vorläuferin der Gesetzgebung seyn wird.

Hätte Teutschland Jury- und Geschwornengerichte gehabt, die nicht so gebunden an gewisse Bedingungen

---

*) Tittman. Handb. der p. Strafrechtsw. Th. II. §. 830. S. 643. Nota L.

der Gesetze, mehr nach natürlicher Eingebung die Beweiskraft fixirt hätten, es würde weder Tortur noch außerordentliche Strafen erfunden haben; und so wie Möser das Unterbleiben dieser in England auf dem Anklageprozeß schiebt, möchte ich, und noch mit mehrerem Grunde, diese Unterlassung von der größeren Ungebundenheit der Richter an unwandelbare gesetzliche Normen bey ihrem Ausspruche des Schuldig erklären.

Vielfach muß der Mensch auf dem Grunde von Vermuthungen und Anzeigen sein Handeln und Wirken bestimmen, und er bestimmt es mit Sicherheit. Nie auf diese bauen zu wollen, würde einen großen Theil seiner Thätigkeit aufheben. Was nun im Leben zum Handeln für jeden hinreicht, sollte dies als ganz ungenügend für das gerichtliche Handeln angesehen werden?

Diesen mag sich noch die weitere Bemerkung anschließen. Wenn der Beweis aus Indicien nicht einmal zur Ergänzung des natürlichen gebraucht werden darf, überdies auch keine selbstständige Kraft haben soll; wenn sein Nutzen, wie Zachariä sagt *), blos darin besteht, daß er entweder zur Prüfung oder Bestättigung des natürlichen Beweises dient, wenn dieses ist, sage ich, so ist es wohl überflüssig, im peinlichen Rechte fernerhin von ihm zu sprechen. Diese Beweis-

*) Anfangsgründe des philosophis. Criminalrechts. Leipzig 1805. S. 76.

art figurirt dann blos in der Theorie und den Lehrbüchern, für das Leben und die Praxis aber hat sie keine Bedeutung. Sie selbst ist weder an sich, noch in Verbindung mit andern Beweismitteln etwas; sie ist bloße Bestättigung für diese. Aber wozu eine Bestättigung, wenn auch ohne sie die andern Beweisarten schon volle Wirkung haben? Sie ist ein Licht, welches zwar leuchtet, aber ohne einen Einfluß auf die von ihm beleuchtete Welt zu haben. Besser also, wenn in der Zukunft gar nicht mehr in dem peinlichen Rechte von dieser Beweisart eine Meldung geschieht.

Sehr scharfsinnig wird zwar von dem vorhin angeführten Schriftsteller *) gegen diese Beweisart erinnert, daß sie keine vollkommene, der Natur des Gegenstandes entsprechende sey. Der Gegenstand des Beweises in Criminalsachen ist nämlich, so sagt er, ein Erfahrungssatz; da nun der künstliche Beweis nicht auf der Erfahrung, sondern auf Vernunftprinzipien beruht, so ist dessen Unzuläßigkeit in Criminalsachen von selbst klar.

Daß der Gegenstand des Beweises in Criminalsachen ein Datum der Erfahrung sey, läßt sich nicht im Allgemeinen behaupten. So z. B. habe ich schon oben bemerkt, daß in Ermanglung eines Geständnisses, der Umstand, ob Jemand absichtlich oder nur culpos gehandelt habe, lediglich durch Schlüsse aus gewissen Thatsachen erkannt werden könne. Die Absicht oder

---

*) a. a. O.

Nichtabsicht unterliegt wenigstens der äusseren Erfahrung nicht; nur Schlüsse machen einen Uebergang zu ihr möglich. Die Behauptung, nur Erfahrungssätze seyen Gegenstände des Criminalbeweises, kann also offenbar nicht vertheidiget werden, eben daher auch nicht die Behauptung, der künstliche Beweis sey in Criminalsachen kein vollkommener, seinem Gegenstande entsprechender. Wenigstens gilt dies nicht in den angeführten Fällen, wo er nur einzig möglich und auch immerhin als hinreichend angesehen worden ist.

Aber selbst auch da, wo nur lediglich Gegenstände der Erfahrung zu beweisen sind, kann nach meiner Einsicht, der künstliche Beweis als unzuläßig in Criminalsachen nicht gehalten werden. Mag es seyn, daß, wie Zachariä sagt, derselbe kein vollkommener, der Natur des Gegenstandes entsprechender, ist; mag es seyn, daß Gegenstände der Erfahrung wieder nur durch Erfahrung, durch unmittelbare Wahrnehmung, nicht aber durch Vernunftschlüsse zu erweisen sind, so kann dies doch gegen die künstliche Beweisart von darum zu keiner Einwendung dienen, als selbst die sonst zuläßigen juridischen, auf Erfahrung beruhenden Beweismittel, zu keiner größern Evidenz, als die künstliche Beweisart führen. Im Effekte, der Wirkung nach, ist, wie oben gezeigt, diese letztere Beweisart mit jenen ganz eins und dieselbe; die Verschiedenheit beyder beruht nur in der Verschiedenheit ihrer Quellen; sie ist somit nur eine äussere, und daß diese nie von der Art seyn kann, daß nur den einen, (den natürli-

chen) nie aber den andern (den künstlichen) Beweismitteln volle Beweiskraft beygelegt werde, mag jedem auch ohne weitere Erörterung von selbst einleuchten.

So viel über den künstlichen Beweis aus Indicien in Criminalsachen. Es ist von selbst klar, daß, wenn dieser künftig als geltend und zureichend zur Verurtheilung eines Verbrechens anerkannt wird, man der Erkennung auf außerordentliche Strafen überhoben ist. Alle ausserordentliche Strafen wurden nämlich bis hieher und den darüber bestehenden Gesetzen zufolge nur auf dem Grunde von dringenden Anzeigen, eines halben oder mehr als halben Beweises, ausgesprochen. Die Anzeigen standen entweder als dringende blos isolirt, oder sie standen in Verbindung mit natürlichen, jedoch nicht vollständig zureichenden Beweismitteln, z. B. mit der Aussage eines oder zweyer verdächtiger Zeugen. Wenn es nun von selbst offenbar ist, daß in keinem Falle, wo halber oder mehr als halber natürlicher Beweis vorliegt, es zugleich an Indicien mit fehlen werde, so ist auch einleuchtend, daß nie in der Folge eine außerordentliche Strafe mehr nothwendig seyn wird, so bald dem Beweise aus Indicien an sich selbst, eine volle und in Verbindung mit natürlichen Beweismitteln eine ergänzende Kraft beygelegt wird.

Zachariä, welcher, wie bemerkt, die Zuläßigkeit des Beweises aus Indicien läugnet, sagt an dem angeführten Orte, daß mehrere neuere Criminalisten dem künstlichen Beweise einen größeren Effekt, als von

ihm demselben zugestanden wurde, beygelegt hätten: er bemerkt hiebey, daß das von ihnen vielleicht von darum geschehen sey, um besser der Nothwendigkeit, auf eine außerordentliche Strafe zu erkennen, deren Unrechtmäßigkeit ihnen nicht entgehen konnte, auszuweichen. Nach unsrer bisherigen Lehre ist dieses Verfahren allerdings zu billigen, und es liegt in diesem das Geheimniß, wie in Zukunft außerordentliche Strafen ganz und gar überflüssig gemacht werden können.

VIII.

Wie ist derjenige, welcher bereits einmal unter 5 Gulden fr. gestohlen hat, wegen eines zweyten Diebstahls über 5 Gulden fr., nach der neuern Bamb. p. Gesetzgebung zu bestrafen?

In der neuern Bamberger peinl. Gesetzgebung ist §. 144. verordnet, daß der Diebstahl unter 5 Gulden fr. mit einer Gefängnißstrafe von 3—8 Tagen belegt werden soll. Dabey wird bestimmt, daß, wenn der Dieb oder die Diebin nach geschehener Bestrafung wieder einen Diebstahl unter 5 Gulden begehen würde, gegen sie die auf einen Diebstahl unter 5 Gulden gesetzte Strafe zu verdoppeln sey.

Des Falles, wenn der zweyte Diebstahl über 5 Gulden beträgt, hat die Gesetzgebung nicht erwähnt, noch desfalls eine ausdrückliche Verordnung gegeben.

Von darum und wegen Mangels einer solchen ausdrücklichen Bestimmung, theils aus andern in der Folge vorkommenden Gründen, wurde nun gemeinhin bey dem Diebstahle solcher Art, die auf den Diebstahl unter 5 Gulden gesetzte Strafe verdoppelt.

Nach meiner Einsicht läßt sich dieses aber keinesweges rechtfertigen, vielmehr glaube ich, daß ein Diebstahl der beschriebenen Art, mit einjähriger Zuchthausstrafe nach dem ganzen Geiste der Gesetzgebung zu belegen sey.

Nach den §. 146. der Gesetzgebung soll der wiederholte jedoch keine 5 Gulden fr. betragende Diebstahl auf den Fall, wenn der erste sich über 5 Gulden belief, mit einjähriger Zuchthausstrafe belegt werden. Ist dieses, so kann auch in dem unsrigen Falle eine andre Strafe um so weniger eintreten, als er mit diesem letztern fast ein und der nämliche, das Verhältniß nur ein umgekehrtes ist; diesem tritt bey, daß derjenige, welcher das erstemal über 5, jedoch nachher unter 5 Gulden stiehlt, fast nicht so verkehrt und minder kühner im Laster erscheint, als derjenige, welcher von geringern immer zu größern Vergehen und respective hier den Diebstählen fortschreitet. Schon nach der Natur der Sache und dem Geiste der Gesetzgebung erscheint demnach der unsrige Fall, wo nicht strafbarer, doch eben so strafbar, wie der andere von der Gesetzgebung erwähnte, zu seyn.

Daß aber die Gesetzgebung den ersten mit dem letztern Fall gleich bestraft wissen will, geht daraus hervor. Dieselbe sagt:

> Würde aber der Dieb oder die Diebin nach geschehener Bestrafung (nämlich des ersten Diebstahls unter 5 Gulden) wiederum einen Diebstahl, der

aber ebenfalls den Werth von 5 Gulden fr. nicht übersteige, begehen, so soll die Strafe eines Diebstahls unter 5 Gulden verdoppelt werden.

Die Worte: der aber ebenfalls: geben klar zu erkennen, daß, wenn der zweyte Diebstahl über 5 Gulden beträgt, die Gesetzgebung nicht bloße Verdopplung wolle eintreten lassen, außerdem würden ja widerholte Diebstähle unter und über 5 Gulden ganz gleichgestellt worden seyn, und der Legislator hätte sodann nicht nöthig gehabt, des wiederholten Falles, besonders zu erwähnen. Die Worte: der aber ebenfalls, zeigen deutlich, daß er diesen Fall, oder den zweyten Diebstahl über 5 Gulden, von der Sanction, die er gegen den zweyten Diebstahl unter 5 Gulden gegeben hat, ausscheiden wollte. Mit andern Worten, seine Absicht war und konnte nicht seyn, zwey so ganz verschiedene Fälle unter eine und die nämliche Strafbestimmung aufzunehmen.

So wie wir nun dieses als völlig gewiß annehmen müssen, so sind wir auch gezwungen, keine andere, als die einjährige Zuchthausstrafe für den unsrigen Fall in Anwendung kommen zu lassen. Nachdem in dem §. 144 die Strafen des wiederholten Diebstahls unter 5 Gulden festgesetzt wurden, giebt der Gesetzgeber in dem gleich weiter darauf folgenden §. 146. seine Strafbestimmungen in Betref des wiederholten Diebstahles, wovon der erste schon über

5 Gulden war. Hier bemerkt er nun unter andern, daß wenn der Dieb, welcher bereits einen Diebstahl über 5 Gulden begieng, wieder einen solchen jedoch unter 5 Gulden verübe, derselbe mit einjähriger Zuchthausstrafe zu belegen sey.

Wenn nun, wie wir vorher ausführlicher zeigten, der Gesetzgeber den unsrigen Fall nicht gleich mit wiederholten Diebstählen unter 5 Gulden in dem §. 144. bestraft wissen wollte, wenn er dabey denselben in diesem §. ohne ausdrückliche Strafbestimmung ließ, was konnte er bey Unterlassung dieser für einen andern Grund, als die Rücksicht haben, daß in dem gleich weiter darauf vorkommenden §. ein mit dem in §. 144. angegebenen ganz ähnlicher Fall vorkommen, und da sich jedem von selbst zeigen werde, daß die hier gegebene Strafbestimmung auch die für dem in §. 144. angeführten Fall gedachte sey. Der Gesetzgeber wollte die Entscheidung des von uns angeführten Falles bis zu dem §. 146. als mehr dahin gehörig suspendiren und ihn zu diesem herüberziehen, ausserdem, und wenn er ihn nicht unter der hier gegeben Strafbestimmung begriffen und anders zu bestrafen gedacht hätte, er diese Strafbestimmung gewiß sogleich in dem §. 144. würde ausgesprochen haben.

Daß diesem so sey, wird sich noch deutlicher durch Widerlegung derjenigen Einwürfe zeigen, die man dieser Erklärung gemeinhin entgegensetzt und entgegensetzen kann.

In dem §. 31. der Gesetzgebung ist verordnet, daß, wenn jemand bey unterschiedenen Gegenständen zu mehreren Malen eben dasselbe Verbrechen begeht, die Strafe, wenn es anders thunlich ist, der Regel nach verdoppelt werden soll.

Diese Verordnung sagt man, ist eine ganz generelle, und es folgt somit, daß da, wo nichts ausdrücklich und speciell wegen eines wiederholten Verbrechens bestimmt ist, somit auch in dem unsrigen Falle, auf dieselbe zurückgegangen werden müsse. Allein schon im Vorhergehenden habe ich, und, wie mich dünkt, ganz hinreichend bewiesen, daß der Gesetzgeber unsern Fall von der gewöhnlichen Verdopplung der Strafe ausgenommen habe. Zu diesem kömmt, daß der Gesetzgeber bey den wiederholten Diebstählen von der in dem §. 31. aufgestellten Verordnung, wie die §. 146. 147. beweisen, ganz abgewichen ist. Hier wird es nie bey der bloßen Verdopplung der zuletzt erlittenen Strafe belassen. Bedenkt man überdies, daß die Verdopplung der Strafe nur der Regel nach in dem §. 31. vorgeschrieben ist, so kann daran, daß dieser §. auf unsren Fall nicht anwendbar sey, einiger Zweifel wohl bey Niemanden entstehen.

Wichtiger scheint ein anderer Einwurf. Wenn gleich, könnte man sagen, der Dieb, welcher das erstemal unter, das zweytemal aber über 5 Gulden stahl, nicht nach der im §. 144. auf wiederholte Diebstähle gesetzten Strafe unter 5 Gulden zu beurtheilen ist, so folgt hieraus keineswegs, daß die einen

solchen Diebstahl treffende Strafe eine einjährige Zuchthausstrafe seyn müsse. Durch die in der Gesetzgebung §. 144. vorkommende Worte: der aber ebenfalls, ist lediglich bestimmt, daß, wenn der zweyte Diebstahl über 5 Gulden ist, er nicht, wie der wiederholte zweyte Diebstahl unter 5 Gulden, das ist, verhältnißmäßig mit acht, zwölf, oder sechzehntägiger Gefängnißstrafe zu belegen sey. Daß ihn einjährige Zuchthausstrafe treffe; daß dieser Fall nach den in §. 146. vorkommenden zu beurtheilen sey; daß dies der Gesetzgeber gewollt, und darum die Strafbestimmung unsers Falles in §. 144. übergangen und ausgesetzt belassen habe, dies läßt sich um so weniger annehmen, als ausserdem der Gesetzgeber im §. 146. wegen der gleichen Bestrafung unsres Falles mit dem in diesem §. angeführten gewiß Erwähnung würde gethan haben.

Allein angenommen, daß der Gesetzgeber unsern Fall nicht mit dem in §. 146. wollte gleich gehalten haben, fragt es sich, wie dann dieser Fall nach unsern Gegnern zu bestrafen sey? Nur zweyerley Strafbestimmungen wären es, die sich hier denken ließen. Entweder müßte die auf den Diebstahl über 5 Gulden gesetzte drey bis vierwöchige Gefängnißstrafe verdoppelt, oder, da der erste Diebstahl nur unter 5 Gulden war, zu der drey bis vierwöchigen Gefängnißstrafe, noch eine drey bis viertägige Gefängnißstrafe, als die wegen des ersten Diebstahls unter 5 Gulden erlittene, hinzugethan werden. Dieses letztre hat man auch mehrmals behauptet; allein sowohl diese Behauptung,

als die ihr vorgehende, lassen sich nach keiner Rücksicht rechtfertigen.

Will man in unsrem Falle die auf den ersten Diebstahl über 5 Gulden gesetzte drey bis vierwöchige Gefängnißstrafe verdoppeln, so könnte man sich einzig auf den oben angeführten §. 31. beziehen, wo ausgesprochen ist, daß bey wiederholten Verbrechen die Strafe verdoppelt werden soll. Allein man merke wohl, daß dieser §. 1) von Verdoppelung der letzt erlittenen Strafe spricht, 2) daß er ein und das nämliche Verbrechen voraussetzt, daß 3) unter dem nämlichen Verbrechen nicht blos eine Identität des Verbrechens dem Begriffe, sondern auch der Quantität nach gemeynt sey, denn außerdem könnte nicht von der Verdoppelung der letzt erlittenen Strafe die Rede seyn. Wenn aber dieses ist, mit welchem Grunde will man sich auf diesen §. als Beweisstelle der Verdoppelung der auf den Diebstahl über 5 Gulden gesetzten Strafe für unsren Fall beziehen.

Eben so läßt sich die andre oben angegebene Behauptung, welche man gleichfalls auf den §. 31. stützen will, im geringsten nicht vertheidigen. Denn das Hinzuthun der letzt erlittnen Strafe des Diebstahls unter 5 Gulden zu der Strafe des zweyten Diebstahls über 5 Gulden, ist keine Verdoppelung der Strafe, und doch redet der §. 31. nur von einer Verdoppelung; dabey stehen dieser Behauptung die bereits vorher erwähnten Gründe entgegen, daß nämlich nach dem angeführten §. immer ein durchaus homogenes Verbrechen erfordert

wird, was in unserem Falle sich wieder ganz anders verhält.

Gleich minder erheblich erscheint uns eine fernere Einwendung, die darin besteht:

Daß der Dieb in unsrem Fall nicht mit dem, welcher das erstemal über, nachher aber unter 5 Gulden stahl, mit einjähriger Zuchthausstrafe belegt werden kann, davon könnte man sagen, liegt der Grund darin, daß der leztre bereits eine größere Strafe als jener erlitten hat. Dieser wurde wegen seines ersten Diebstahls unter 5 Gulden nur mit einer drey bis achttägigen, jener aber mit dreywöchiger Gefängnißstrafe belegt. Derjenige nun, welcher bereits eine größere Strafe als ein Dritter erstanden hat, und dadurch sich nicht bessern läßt, ist für gefährlicher als jener Dritte, zu halten, wenn er auch gleich in der Folge ein geringeres Verbrechen, als dieser Dritte begehen sollte. Daß diesem so sey, geht, könnte man sagen, selbst aus der Gesetzgebung hervor, indem es da immer heißt: würden aber diese Strafen die Besserung des Diebes nicht erwirken, vielmehr derselbe neuerlich stehlen, so soll ꝛc. Die bereits erstandne Strafe selbst also ist es, auf welche der Gesetzgeber, bey der Erhöhung der Strafe die die wiederholten Diebstähle trift, Rücksicht nahm, und genommen wissen will.

Allein wenn diesem so wäre, wenn der Gesetzgeber auf die Worte: diese Strafen einiges Gewicht legte, würde er sich selbst einer nicht geringen Inconsequenz

schuldig gemacht haben; denn gleich in dem §. 145. wird verordnet, daß die angegebenen Strafbestimmungen in Betreff der wiederholten Diebstähle auch sodann zur Anwendung kommen sollen, wenn der erste Diebstahl gleichwohl in einem fremden Lande begangen wurde. Wenn nun der Dieb wegen seines ersten in einem fremden Lande begangenen Diebstahls mit einer geringern, oder auch größeren Strafe, als ihn nach der Bamb. Gesetzgebung würde getroffen haben, belegt wurde, so tritt dennoch bey seinem wiederholten Diebstahl keine andere als die auf wiederholte Diebstähle, in dem Bamberger Entwurfe festgesetzte Strafe ein, ein klarer Beweis daß auf die Worte: diese ꝛc. um so gewisser nichts anzukommen hat, als sonst in Fällen, wo der Dieb wegen seiner ersten Diebstähle eine geringere oder größere Strafe außerhalb Landes erlitten hätte, der Gesetzgeber eine ganz andre Strafe für die von ihm innerhalb Landes verübten wiederholten Diebstähle hätte bestimmen müssen. Quistorp in seinem Entwurfe in det Note zum §. 184. sagt: die Gefahr nämlich, der man sich zu einem solchen Diebe (der mehrmalen stiehlt) zu versehen hat, ist eben dieselbe, er mag nun vorher in oder ausser Landes gestohlen haben. Ist es demnach lediglich die Gefahr, die aus der Wiederholung als solcher hervorgeht, ist übrigens der §. 145. der Bamb. Gesetzgebung aus dem §. 184. des quistorpischen Entwurfes entnommen, und hat dieser Entwurf durchgängig zur Grundlage der Bambergensis gedient, wie sollte man noch zweifeln können,

daß nach allen diesen auf die Worte: würden aber diese rc. nicht das Geringste mehr anzukommen habe.

Was wir hier aus Quistorp zur Wiederlegung der obigen Einwendung anführten, mag uns zugleich dazu dienen, um die von uns aufgestellte Behauptung noch mehr zu bestättigen. Die Gefahr, die aus wiederholten Diebstählen entspringt, ist nach Quistorp der Grund, weswegen darauf, daß jemand vorher außerhalb Landes gestohlen hat, bey Bestrafung keine Rücksicht genommen werden soll. Nun habe ich bereits oben gezeigt, daß derjenige, welcher bey Wiederholung von Diebstählen immer größere Summen als vorher entwendet, gefährlicher als derjenige sey, bey dem das umgekehrte Verhästniß eintritt. Es ist sonach kein Zweifel, daß, wenn die Bambergensis, wie Quistorp, von dem Prinzip der Gefährlichkeit bey Bestrafungen ausgeht, sie in unserm Fall an keine andere, als die oben von uns angegebene, Strafe könne gedacht haben.

Ist es nun nach der Gesetzgebung §. 6. erlaubt, Gesetze auch auf nicht ausdrücklich entschiedene Fälle, sodann zu extendiren, wenn der wahre Endzweck oder der eigentliche Grund derselben auch auf den nicht ausdrücklich entschiedenen Fall zutrift, so glauben wir darüber, daß in unserm Falle einjährige Zuchthausstrafe anzuwenden sey, nicht weiter mehr zweifeln zu dürfen.

Druckfehler.

Seite V. Vor.	Zeile	7	spricht? statt spricht.
— 2	Zeile	15	bey dem st. den
— 8	—	20	differendum st. defferendam.
— 33	—	29	wohl st. woh.
— 41	—	8	gerichtet st. gerechnet.
— 45	—	24	nach ihnen streiche man das Wort: von
— 68	—	28	wegen der nachtheiligen — Folgen, setze: wegen der dem Staate sonst zugehenden Läsion.
— 96	—	22	eine st. ein ibid Z. 29 anwendbar st. andwendbar.
— 113	—	3	jedem st. jeden
— 117	—	6	untergestellten st. unterstellten.
— 122	—	2	Salchov st. Selchov, dann in der Note 1802 st. 1812.
— 129	—	16	das st. des, dann in der Note Mathaeus st. Methaeus.
— 131	—	28	eine st. eigne.
— 136	—	17	das st. des.
— 137	—	27	u. 138. Z. 3. das st. des
— 169	—	10	sondern st. sondere.
— '179	—	1	der Note Grolman st. Grelman.
— 183	—	1	wurde st. wurd.
— 186	—	15	das st. daß.
— 188	—	19	huldigt; st. huldigt,
— 215	—	4	eben st. aber.
— 217	—	11	angeführt, st. angeführe.
— 220	—	26	sehen st. sahen.
— 227	—	28	bestättigte? st. bestättigte.

In den Buchhandlungen von J. A. Goebhardt in Bamberg und Würzburg sind in diesem Jahre neu erschienen und in allen guten Buchhandlungen um beygesetzte Preise zu haben.

Baumann, A., kurzer Unterricht in der Obstbaumzucht, zweyte verbesserte und mit einem Anhange über die gemeinnützigsten Pflanzen verm. Auflage, gr. 8. 15 kr. oder 4 ggr.

Brenner, F., Versuch einer historisch-philosophischen Darstellung der Offenbarung als Einleitung in die Theologie, 2te Auflage, gr. 8. 2 fl. 15 kr. oder 1 Thlr. 12 ggr.

Dictionaire, nouveau, de poche, allemand-françois et françois-allemand par Gley, II Vol. 12. 1 fl. 45 kr. oder 1 Thlr. 4 ggr.

Elementarbuch für den Schulunterricht in der Geographie, dritte nach den neuesten bis zum August 1812. eingetretenen politischen Bestimmungen umgearbeitete Auflage, 8. 15 kr. oder 4 ggr.

Ephemeriden der Heilkunde, herausgegeben von A. F. Marcus, 1r bis 5r Band, gr. 8. 17 fl. 30 kr. oder 11 Thlr. 16 ggr.

Felbiger, J. v., katholischer Katechismus, zum Gebrauche der Jugend, in drey Klassen abgetheilt, neueste Ausgabe, 8. 30 kr. oder 8 ggr.

Fesel, Ch., Mahler-Theorie, oder kurzer Leitfaden zur historischen Mahlerey, 8. 15 kr. oder 4 ggr.

Gedanken über das Allerheiligste des Menschengeschlechtes, bey Gelegenheit des französischen National-Conciliums, 8. 45 kr. oder 12 ggr.

Gehrig, J. M., neueste Volkspredigten und Homilien auf alle Sonntage des katholischen Kirchenjahres, 2 Thle. 8.

— — neueste Volkspredigten und Homilien auf alle Festtage des katholischen Kirchenjahres, 8.

— — Unterweisungen in dem Geschäfte der Buße und in einigen Uebungen der Andacht, ertheilet bey der Mission zu Heidingsfeld, 8. 30 kr. oder 8 ggr.

— — Materialien zu Katechesen über die christliche Glaubenslehre zum Gebrauche für Seelsorger und Schullehrer, 8. Unter der Presse.

— J., neue Lieder nach alten und bekannten Melodien zum Gebrauche bey katholischen öffentlichen Gottesverehrungen, 2te verm. u. verb. Aufl. 8. 15 kr. od. 4 ggr.

Haas, N. Wie soll der Religionslehrer über das Laster der Unzucht überhaupt öffentlich katechisiren? Mit zwey Katechesen. Eine Preisfrage Seiner königlichen Hoheit des Großherzogs von Frankfurt, 8. 24 kr. oder 6 ggr.

Jäck, J. H., allgemeine Geschichte Bambergs vom J. 1007 bis 1811, mit 8 Beylag. gr. 8. 1 fl. 30 kr. od. 1 Thlr.

Kratzer, E. N., System des Criminalrechts nach neueren, von den bisherigen abweichenden Ansichten und Grundsätzen mit besonderer Rücksicht auf den Kaiserlich Französischen, und Königlich Baierischen Criminal-Codex und sonstige Verordnungen, 1r Bd. 2 fl. oder 1 Thlr. 8 ggr.

Mangold, E., Lesebuch für Lehrjungen und Gesellen eingerichtet, neue Auflage, 8. 40 kr. oder 10 ggr.

Dessen Gebethbuch für junge reisende Künstler und Handwerksgesellen, mit Kupf. 18. 15 kr. oder 4 ggr.

das nämliche, Velinpapier 24 kr. oder 6 ggr.

Markus, Ad. Fr., Ephemeriden der Heilkunde, V. Bd. 1—4s Heft, gr. 8. 3 fl. 30 kr. od. 2 Thlr. 8 ggr.

Monntag, E., letzten Abts zu Ebrach, Geschichte der deutschen staatsbürgerlichen Freyheit, oder der Rechte des gemeinen Freyen, des Adels und der Kirchen Deutschlands, 1n Bds. 1r u. 2r Theil, gr. 8. 3 fl. od. 2 Thlr.

Deren 3r und 4r Bd. unter der Presse.

Nüßlein, E. A., Versuch eines neuen Systems der mineralogisch-einfachen Fossilien, nebst einer Einleitung in die Mineralogie, 8. 45 kr. oder 12 ggr.

— — Elemente der wissenschaftlichen Zoologie, 8. 1813. 24 kr. oder 6 ggr.

Parizeck, A., Gebetbuch für römisch-katholische Christen, neueste mit Kupfern vemehrte Auflage, 18.

ordinair Pappier ohne Kupfer 15 kr. oder 4 ggr.
weißes — mit — 24 kr. — 6 ggr.
holländisch — — — 36 kr. — 9 ggr.
— — mit illum. Kupf. 1 fl. 15 kr. od. 9 ggr.

Psalmen, die, übersetzt und metrisch bearbeitet von M. Lindemann, gr. 8. 1 fl. oder 16 ggr.

Sattes, Dr. J. L. V. über die Verbindung der Statistick mit der Staatswirthschaft, gr. 4. 24 kr. oder 6 ggr.

Scheuring, J., über die Amputation eines Oberschenkels, nebst der Beschreibung und Abbildung eines künstlichen Oberschenkelgelenkbaues, 4. 8 kr. oder 2 ggr.

— — Parallele der Vortheile und Nachtheile der vorzüglichsten Operationsmethoden des grauen Staares, 8. 15 kr. oder 4 ggr.

Versuch einer theologisch-juristischen Abhandlung über das Wesen und den Unterschied des katholischen und protestantischen Beichtsiegels, hauptsächlich in Beziehung auf Entdeckung und Beweis begangener, wie auch auf Verhütung künftiger Verbrechen, gr. 8. 1 fl. 45 kr. oder 1 Thlr. 4 ggr.

Ueber die Sustentation der in die Capitels-Pfründen nachrückenden Domicellaren. Ein Beytrag zur Erläuterung der §§. 53. 54. des Deputations-Schlusses vom Jahre 1803. 8. 36 kr. oder 9 ggr.

Zeitschrift, theologische, in Verbindung mit einer Gesellschaft Gelehrter, herausgegeben vormals von Dr. Joh. Jac. Batz, nun von Dr. Fr. Brenner, VII. Band, 1s bis 6s Heft, Compl. 3 fl. oder 2 Thlr.

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

180

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bayl, Johann Georg,

Beyträge zum Criminalrecht

Bd.: Erster Theil

1813

Bamberg, Staatsbibliothek -- RB.J.cr.o.2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11769433-2